DIE ROLLE DES MITTELBAREN BESITZES BEIM EIGENTUMSERWERB

NACH § 934 BGB.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der
Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu
Frankfurt am Main

vorgelegt von

Heinz-Dietrich Tettenborn
aus Neuwarp i. Pomm.

Düren-Rhld.

Spezial-Dissertations-Buchdruckerei Düren, Nideggenerstraße 161—163
1936

Referent: Professor: Dr. F. Klausing.
Korreferent: Professor Dr. R. Ruth.

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Juni 1935.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem lieben Großvater,
dem Geh. Justizrat Adolf Partisch,
gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552326_0077

INHALTS-VERZEICHNIS.

A. Fälle als Ausgangspunkt der Untersuchungen 2

B. Problemstellung 3

C. Lösung 6

I. Vermeintlicher Herausgabeanspruch als genügendes Erfordernis für § 934 H. 2 6

II. Mittelbarer Besitz als ausreichendes Erfordernis auch für § 934 H. 2 9

III. Die Erlangung des mittelbaren Besitzes durch den Sacherwerber nach § 934 von einem Veräußerer, der Besitzmittler des Eigentümers ist 16

a) Der mittelbare Besitz und seine Erlangung im allgemeinen 17

1. Rechtsgeschichtlich 17

2. Im BGB nach bisheriger Auffassung 19

aa) Objektive Auffassung: Das zugrundeliegende Rechtsverhältnis ist entscheidend 21

bb) Subjektive Auffassung: Der Wille des Besitzmittlers ist entscheidend 24

b) Die Erlangung des mittelbaren Besitzes in den Problemfällen. Drei Möglichkeiten: 26

1. Besitzerlangung des Erwerbers und Besitzverlust des Eigentümers (Reichsgericht) 26

2. Besitzerlangung des Erwerbers und Besitzverbleib beim Eigentümer (Wolff) 28

3. Keine Besitzerlangung des Erwerbers wegen Besitzverbleibs beim Eigentümer (eigene Ansicht) 30

c) Grenzen der gefundenen Lösung 38

D. Ergebnis 42

Im Zug der deutschen Rechtserneuerung, die seit dem Siege der nationalsozialistischen Revolution auf allen Gebieten unter der Führung der Akademie für Deutsches Recht eingesetzt hat, sind bisher nur auf einzelnen Gebieten Eingriffe in das bestehende bürgerliche Recht erfolgt. Eine Gesamtreform wird mit Rücksicht auf den großen Umfang und die einschneidende Bedeutung dieses Rechtsgebietes umfassender und langjähriger Vorarbeiten bedürfen.

Um so mehr muß es das Bestreben einer volksverbundenen Rechtsprechung sein, die noch in Geltung befindlichen Vorschriften, insbesondere soweit sie sich als unzulänglich herausgestellt haben, nicht bloß ihrem Wortlaut gemäß und mit lebensfremden begriffsjuristischen Methoden auszulegen, sondern diese so anzuwenden, wie es der Zweck der Bestimmungen mit Rücksicht auf die durch sie geschützten Rechtsgüter erfordert.

Dies gilt auch für die Vorschriften der §§ 929—935, denn die Regelung, die die Übereignung in unserem BGB gefunden hat, hat sich im Laufe der Zeit weitgehend als unzureichend für die verschiedenartigen Anforderungen herausgestellt, die mit dem Fortschreiten der wirtschaftlichen Entwicklung an dieses Institut gestellt wurden.[1])

Die vorliegende Arbeit stellt sich die Aufgabe, für ein Teilgebiet der Übereignung, nämlich für die Vorschriften der Eigentumsübertragung durch Übergabeersatz vom Nichteigentümer, unbillige Ergebnisse, die sich seit Bestehen des BGB auf Grund der Wortfassung ergeben haben, in ihrem Ursprung aufzudecken. Auf dieser Grundlage soll sie die betreffenden Fälle zwar auf dem Boden des geltenden Gesetzes, aber durch eine dem richtig verstandenen Grundgedanken der §§ 929—935 besser gerecht werdende Auslegung der bestehenden Bestimmungen zu einer Lösung bringen, die unserem gesunden Rechtsempfinden entspricht.

[1]) vergl. hierzu Wieacker: Wandlungen der Eigentumsverfassung, insbesondere S. 31 ff.

A. Fälle als Ausgangspunkt der Untersuchungen.

Die beiden folgenden Fälle, die z.T. Reichsgerichtsentscheidungen nachgebildet sind, gaben Anlaß zu den nachstehenden Untersuchungen.

1. Fall.

Der Eigentümer E einer Sache verkauft diese unter Vorbehalt des Eigentums bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises an V und läßt sie mit dessen Einverständnis bei dem Lagerhalter L gesondert einlagern, mit der Abrede, daß L die Sache zunächst für E lagern solle bis zu dessen Anzeige, daß der Kaufpreis voll bezahlt sei. Dann solle er die Sache für V weiterlagern.

Noch vor vollständiger Bezahlung des Kaufpreises, also vor Erlangung des Eigentums, überträgt V das Eigentum an der Sache dem gutgläubigen G, indem er ihm seinen Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen L abtritt. L erklärt auch, daß er die Sache nunmehr zur alleinigen Verfügung des G lagern wolle. G glaubt auf Grund des Verhaltens des L, daß V der ordnungsmäßige Eigentümer der Ware sei.

Bei dieser Sachlage entscheidet das Reichsgericht, daß, obwohl die Sache ihren Platz nicht gewechselt hat, E sein Eigentum verloren habe und G Eigentümer der Sache geworden sei (Vgl. hierzu RG i/JW 26/800; RG 135/75 = JW 32/112 = Hans.R. 32/403 und 31b/410; RG i/JW 32/3763, RG 138/265 = JW 33/1997).

2. Fall.

Der Eigentümer E einer Sache verkauft diese unter Vorbehalt des Eigentums bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises an V und übergibt ihm die Sache (im Gegensatz zu Fall 1). Entgegen seinen Verpflichtungen veräußert V die Sache weiter an den gutgläubigen G_1 und einigt sich mit diesem über den Übergang des Eigentums, indem er gleichzeitig ein Besitzkonstitut vereinbart (§ 930). Gemäß § 933 erwirbt hier G_1 kein Eigentum, da ihm die Sache nicht übergeben wurde, aber er erlangt nach Ansicht des Reichsgerichts durch die Vereinbarung des Besitzkonstituts den mittelbaren Besitz. Daraufhin veräußert G_1 seinerseits die ihm nicht gehörige Sache an den gutgläubigen G_2 und überträgt ihm das Eigentum durch Abtretung des Anspruchs gegen V.

Hierdurch wird G_2 gemäß § 934 Halbsatz 1 Eigentümer der Sache, und E geht seines Eigentums verlustig. — So wenigstens müßte jede Entscheidung ausfallen, die nach denselben Grundsätzen getroffen würde wie die Reichsgerichtsentscheidungen zu Fall 1. (Ebenso auch Planck, § 934, 2, Abs. 1 a.E. und § 868, 4 b β und Wellspacher, S. 12).

B. Problemstellung.

Wenn man diese Fälle, zunächst ohne das Gesetzbuch zu Hilfe zu nehmen, betrachtet, so muß man rein gefühlsmäßig feststellen, daß hier unbillige Ergebnisse vorliegen. Nach unserem Rechtsempfinden erscheint es unmöglich, daß in diesen Fällen der Eigentümer E um sein Eigentum gekommen sein soll, obwohl sich rein äußerlich und dem Eigentümer erkennbar, an dem Besitzstand der Sache überhaupt nichts geändert hat.[1]) Vielmehr könnte der Eigentümer in beiden Fällen zu seiner Beruhigung jederzeit feststellen, daß die Sachen sich nach wie vor dort befinden, wohin sie mit seinem Einverständnis gebracht wurden: Im Fall 1 beim Lagerhalter L und im Fall 2 beim Veräußerer V. Die bloße Willensänderung des Besitzmittlers — die im Fall 1 darin besteht, daß der Lagerhalter L dem gutgläubigen G erklärt, die Sache nunmehr zu dessen alleiniger Verfügung lagern zu wollen, im Fall 2 darin, daß der Veräußerer V sich mit dem gugläubigen G_1, und dieser wiederum mit G_2 über den Eigentumsübergang einigen, indem sie jeweils zugleich ein Besitzkonstitut vereinbaren — kann aber der Eigentümer E nicht erkennen.

Es ergibt sich also bei dieser Betrachtung ohne Berücksichtigung der gesetzlichen Bestimmungen, daß sich der Erwerber zumindest nicht in einer besseren tatsächlichen Beziehung zur Sache befindet als der alte Eigentümer, und doch soll ihm nach dem BGB durch die bloße Vereinbarung des V mit L bzw. des V mit G_1 und des G_1 mit G_2 das Eigentum zugefallen und dem E verloren gegangen sein.

Wenn dieses Ergebnis tatsächlich wegen der Fassung unseres Gesetzes unvermeidlich wäre, so würden dadurch Rechtsfolgen herbeigeführt, die in keiner Weise mit den Gedanken übereinstimmten, denen durch die Bestimmungen der §§ 932 ff BGB Geltung verschafft werden sollte, nämlich daß nur unter bestimmten Voraussetzungen, die ein derartiges Vertrauen rechtfertigen, ein gutgläubiger Dritter vom Nichtberechtigten Eigentum erwerben kann.

Das hier auf Grund der Fassung des § 934 auftretende Problem wird auch in dem Aufsatz von W. Becker im Arch.Ziv.Prax. 139/234 aufgeworfen: „Ob dieser Entscheidung des Reichsgerichts (RG 135, 75) zuzustimmen ist, ist sehr zweifelhaft, und wenn man sie als zutreffend anerkennen müßte, so würde sie einen bedeutenden Mangel unseres Gesetzes klar legen, indem der § 934, wenn er so, wie es das Reichsgericht dort tut, ausgelegt werden kann und muß, den gutgläubigen Erwerber in einem Falle schützte, in dem er . . . . keinen Schutz verdient".[2])

Die vorliegende Arbeit soll nun versuchen, darzutun, ob und wieweit es möglich ist, diese unbefriedigenden Ergebnisse durch eine sinn- und zweckgemäße Auslegung zu einer Lösung zu bringen, die unserem Rechtsempfinden besser entspricht.

Allerdings ist mit dem Rechtsgefühl allein hier wenig geholfen, denn nur von diesem kann eine Entscheidung nicht getragen werden. Hier aber hat der Gesetzgeber selbst dem Gedanken, der einer Lö-

---

[1]) Müller, S. 86: „Es geht nicht an, daß der Eigentümer sein Eigentum verliert, ohne daß er auch nur die Möglichkeit hat, diese Verschiebung aus äußerlich wahrnehmbaren Tatsachen zu erkennen".

[2]) Arch.Ziv.Prax. 139/234 (Aufsatz von W. Becker).

sung zugrunde gelegt werden muß, in § 933 Ausdruck gegeben. Danach ist für den Eigentumserwerb von Nichtberechtigten grundsätzlich erforderlich, daß dem Erwerber die Sache übergeben wird. Entscheidend soll also die in die äußere Erscheinung tretende Verfügung des Besitzers sein.[3])

Die Bestimmung des § 933 ist eine Auswirkung des Publizitätsprinzips, das unser Sachenrecht an sich beherrscht und nur ausnahmsweise durchbrochen ist, um dem wirtschaftlichen Bedürfnis einer Erleichterung und Sicherung des Verkehrs, die der moderne, rasche Güterumschlag erfordert, Rechnung zu tragen (Protokoll III, S. 210).[4])

Nur die erkennbare Tatsache, des unmittelbaren Besitzübergangs vom veräußernden Nichteigentümer auf den Erwerber soll grundsätzlich das Vertrauen des Erwerbers auf das Eigentum des Veräußerers rechtfertigen.

Allerdings ist dieser Grundsatz ausdrücklich in § 934 durchbrochen durch die zu dem Gedanken des § 933 in Widerspruch stehende Bestimmung, daß schon die Erlangung des mittelbaren Besitzes zum Eigentumserwerb genügt, wenn der Veräußerer dem Erwerber den Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer abtritt.

Der Zwiespalt, der hier im Gesetz zwischen § 933 und § 934 besteht, zeigt sich deutlich darin, daß z.B. in unserem Fall 1, wenn V dem G die Sache nicht durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 934), sondern durch Besitzkonstitut (§ 933) veräußert hätte, dieser bei sonst gleichem Sachverhalt erst Eigentum erworben hätte, wenn ihm die Sache übergeben worden wäre.

Im allgemeinen wird zwar dieser Widerspruch nicht so entscheidend in Erscheinung treten. Denn der Eigentümer wird, wenn ein anderer seine Sache veräußert, meist schon sowieso keine Einwirkungsmöglichkeit mehr auf sein Eigentum haben, so daß es für ihn nicht so bedeutungsvoll ist, ob der Erwerber unmittelbaren oder mittelbaren Besitz erhält. In dem oben aufgeführten Beispiel dagegen bleiben doch starke tatsächliche Beziehungen des Eigentümers zur Sache bestehen, solange die von ihm beauftragten Personen die Sache im unmittelbaren Besitz haben. Es erscheint daher höchst unbillig und mit dem Grundgedanken des Publizitätsprinzips unvereinbar, daß hier ein Dritter schon durch eine bloße Vereinbarung mit dem unmittelbaren Besitzer, also ohne daß die Sache ihren Platz wechselt, Eigentum erwirbt, und der alte Eigentümer dadurch sein Eigentum verliert. Diese Folge ergibt sich nach Ansicht des Reichsgerichts (vgl. die genannten Entscheidungen) zwangsläufig aus dem Wortlaut des § 934.

Aber es handelt sich bei § 934, wie ein Vergleich mit § 933 zeigt, nur um eine Ausnahmevorschrift, und es erscheint sehr zweifelhaft, ob der Gesetzgeber bei dieser Bestimmung auch an derartige unbil-

---

[3]) Planck, § 933, 1.

[4]) Über die Berechtigung dieses Prinzips in unserer heutigen Wirtschafts- und Rechtsordnung und über die historische Entwicklung und Verfälschung, die der Schutz des gutgläubigen Erwerbers von seiner ursprünglichen Form in der alten deutschen Eigentumsordnung bis zur Regelung im BGB durchgemacht hat, vgl. Wieacker, a.a.O., S. 31 ff.

lige Folgen gedacht hat, wie sie in den obigen Beispielen in Erscheinung treten. Es muß daher vor allem untersucht werden, ob man auch derartige Fälle bei der besonderen Interessenlage der Beteiligten nach dem Wortlaut dieser Ausnahmebestimmung entscheiden darf.

Denn die Methode des Gesetzgebers ist doch im allgemeinen die gewesen, daß er im Hinblick auf eine Anzahl von konkreten Einzelfällen unter Heraushebung des ihnen Gemeinsamen das Gesetz in abstrakter Form abgefaßt hat, um möglichst viele Einzelfälle durch diese Regelung zu erfassen. Bei dieser Methode ist es natürlich nicht zu vermeiden, daß mit längerem Bestehen des Gesetzes auch Fälle auftreten, die dem Wortlaut nach unter die Regelungen des Gesetzes fallen würden, an die aber der Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes nie gedacht hat. Derartige Fälle führen dann zu so unbefriedigenden Ergebnissen, wie sie auch bei unseren Beispielen vorliegen. Bei solchen Unstimmigkeiten, die sich nie ganz vermeiden lassen werden, muß es nun Aufgabe der Rechtsprechung sein, sich nicht auf die logische Subsumtion des Tatbestandes unter gesetzliche Begriffe zu beschränken.[5]) Vielmehr muß die Lebenswahrheit des Ergebnisses in den Vordergrund gestellt werden. Es darf dann nicht einfach das einzelne Gebot angewendet werden, sondern es sind „die Gesamtheit der vom Gesetz für schutzwürdig erachteten Interessen zu wahren",[6]) und in Verfolg dieser Methode mangelhafte Gebotsnormen sinngemäß auszulegen.

Es wird also zunächst unsere Aufgabe sein, das schon in großen Zügen erkannte Problem durch Überprüfung der einzelnen Erfordernisse des § 934 und durch Vergleich mit § 933 klar herauszuschälen und auf den entscheidenden Punkt zurückzuführen, der diese offenbar unrichtigen Ergebnisse bewirkt. Wenn wir auf diese Weise mit Sicherheit die eigentliche Ursache der unbilligen Ergebnisse erkannt haben, müssen wir an diesem Punkt ansetzen und versuchen, durch einschränkende Auslegung der geltenden Gesetzesbestimmungen zu einer Lösung zu kommen, die der Besonderheit der Interessenlage in diesen Fällen gerecht wird und daher unserem Rechtsempfinden besser entspricht.

---

[5]) Heck, Grundriß des Schuldrechts, Anh. § 2.
[6]) Heck, Interessenjurisprudenz, Gastvorl. in Ffm., S. 20.

C. Lösung.

Den Ausgangspunkt für die Untersuchungen bildet zweckmäßig der Fall 1, zu dem jeweils nach Bedarf für die Entscheidung einzelner Fragen und zur Überprüfung der gewonnenen Ergebnisse auch Fall 2 herangezogen werden soll.

Das Reichsgericht hat in den dem Fall 1 zugrunde liegenden Erkenntnissen (S. 2), entschieden, daß der gutgläubige Erwerber G Eigentum erworben habe auf Grund von § 934 Halbs. 2 (H. 2). Zwar habe der Veräußerer V kein Eigentum an der Sache gehabt und auch keinen mittelbaren Besitz; er habe aber dem G den Herausgabeanspruch gegen den Lagerhalter L abgetreten, und L habe dem G den mittelbaren Besitz verschafft. Da dieser für § 934 H. 2 genüge, seien die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt und G Eigentümer geworden.

Diese Entscheidung scheint, wenn man den Wortlaut des § 934 zugrunde legt, in allen Punkten den Anforderungen des Gesetzes zu entsprechen. Es müssen daher die einzelnen zum Eigentumserwerb nach § 934 erforderlichen Voraussetzungen festgestellt werden, und es muß dann untersucht werden, ob jede dieser Voraussetzungen gegeben ist.

Für unseren Fall der Übereignung vom Nichteigentümer durch Abtretung des Herausgabeanspruchs kann nur § 934 zur Anwendung kommen, der in seinen Voraussetzungen dem § 931 entspricht. In § 934 sind die beiden Unterfälle des Halbsatzes 1 und des Halbsatzes 2 getrennt geregelt, und zwar ist die Unterscheidung darauf abgestellt, in welchen Beziehungen der veräußernde Nichteigentümer jeweils zur Sache steht. Aus der Natur des Eigentumserwerbs durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 931 (§ 934) folgt notwendigerweise, daß der Veräußerer bei der Übereignung nicht unmittelbarer Besitzer der Sache sein kann, denn diese Bestimmungen haben ja gerade zur Voraussetzung, daß ein Dritter und nicht der Veräußerer, unmittelbarer Besitzer ist. Während aber für den Fall des § 934 H. 1 ausdrücklich mittelbarer Besitz des Veräußerers vom Gesetz gefordert wird, folgt aus der Gegenüberstellung, daß in § 934 H. 2 auch ein mittelbarer Besitz des Veräußerers nicht vorausgesetzt wird.

Für den Eigentumserwerb in unserem ersten Beispiel kommt somit nur die Vorschrift des § 934 H. 2 in Frage, während im zweiten Beispiel, in dem ein mittelbarer Besitz des Veräußerers besteht, § 934 H. 1 angewendet werden muß.

Von den Erfordernissen für eine Eigentumsübertragung nach § 934 kann die Einigung über den Eigentumsübergang zwischen dem Veräußerer V und dem gutgläubigen Erwerber G (bzw. zwischen G_1 und G_2), die einen festen Bestandteil jeder Übereignung bildet, als vorliegend unterstellt werden.

I. Vermeintlicher Herausgabeanspruch als genügendes Erfordernis für § 934 H. 2.

Als weitere Voraussetzung ist zu prüfen, welche Rolle der Herausgabeanspruch des § 934 H. 2 spielt. Denn in unserem Fall 1 besteht ein Anspruch des V auf Herausgabe der Sache gegen L noch

nicht. Vielmehr ist die Abtretung dieses Herausgabeanspruchs an V aufschiebend bedingt durch die vollständige Zahlung des Kaufpreises an den Eigentümer E. Denn dieser hatte die Sachen im Einverständnis mit V bei dem Lagerhalter L mit der Abrede einlagern lassen, daß L die Sache zunächst für E lagern solle bis zu dessen Anzeige, daß der Kaufpreis voll bezahlt sei. Dann erst solle er die Sache für V weiter lagern.

Als V daher dem G seinen angeblichen Anspruch gegen L auf Herausgabe der Sache abtrat, stand ihm ein solcher Herausgabeanspruch noch gar nicht zu. — Es ist also hier zu prüfen, ob für § 934 H. 2 auch die Abtretung eines vermeintlichen Herausgabeanspruches genügt, oder ob das tatsächliche Bestehen eines solchen Anspruches erforderlich ist.

Zunächst kann ein d i n g l i c h e r Eigentumsherausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer aus § 985 in § 934 nicht gemeint sein, denn die §§ 932 ff. regeln ja den Eigentumserwerb von Nichtberechtigten, und der Veräußerer kann daher in § 934 nie Eigentümer sein.

Es blieben also, wenn man das tatsächliche Bestehen eines Herausgabeanspruchs in § 934 H. 2 verlangen wollte, nur die praktisch sehr unbedeutenden Herausgabeansprüche übrig, die keinen mittelbaren Besitz begründen, wie z.B. ein Besitzentziehungsanspruch oder § 1007. Daß aber gerade diese Fälle eine Ausnahme bilden und einen Erwerb nach § 934 H. 2 ermöglichen sollen, bei denen der gute Glaube des Erwerbers ebenfalls nicht auf der Grundlage wenigstens des mittelbaren Besitzes des Veräußerers beruht, ist nicht einzusehen. Wenn man vielmehr — wie es in § 934 H. 2 geschehen ist — von dem Erfordernis des mittelbaren Besitzes des Veräußerers als der Grundlage des guten Glaubens absieht und statt dessen die Beschaffung des Besitzes durch den Dritten zum Eigentumserwerb genügen läßt, dann verdient der gute Glaube an das Eigentum des Veräußerers genau denselben Schutz, ob ein Herausgabeanspruch besteht oder nicht, und es kommt beide Male nur darauf an, daß die Besitzverschaffung durch den Dritten — als Grundlage des guten Glaubens — erfolgt. Denn da hier gerade der gute Glaube an das Eigentum eines Nichteigentümers geschützt werden soll, der in keiner tatsächlichen Beziehung zu der Sache steht, würde eine Unterscheidung, die es auf derartige unwichtige und praktisch verhältnismäßig seltene Herausgabeansprüche abstellen wollte, in keiner Weise eine bessere Stellung des Erwerbers rechtfertigen.

Nicht kann man auch, wie es das Reichsgericht einmal tut,[1]) den Eigentumserwerb abhängig machen von dem Glauben des Erwerbers an das Bestehen des Herausgabeanspruchs oder des mittelbaren Besitzes. Denn das Vertrauen auf das Bestehen obligatorischer Ansprüche wird schon nach allgemeinen Regeln nicht geschützt, und — wie sich im besonderen aus § 932 II ergibt, — kommt es nur auf den guten Glauben an das E i g e n t u m des Veräußerers an.[2])

Es ist also in § 934 H. 2 nur erforderlich, daß ein Herausgabeanspruch, auch wenn er nicht bestand, abgetreten ist, und daß der Erwerber an das Eigentum des Veräußerers glaubte oder ohne grobe Fahrlässigkeit glauben durfte. Hierbei muß es aber ohne Be-

[1]) RGZ 89/349.
[2]) Mitteis i/ZBH 26/348.

deutung sein, ob der Erwerber von dem Dritten den Besitz auf einen wirklichen oder vermeintlichen Herausgabeanspruch hin erlangt, ebenso wie es in anderen Fällen des guten Glaubens-Erwerbs keinen Unterschied macht, ob der Veräußerer auf Grund eines wirklichen oder nur vermeintlichen Herausgabeanspruchs den Besitz erlangt hat.[3]) Denn für das Vorliegen des guten Glaubens kommt es auf den Erwerber und die ihm erkennbare Sachlage an, und nicht auf den Veräußerer und dessen Rechtsbeziehungen zur Sache.

Der Erwerber soll genau wie in den übrigen Fällen der §§ 932 ff. geschützt werden, wenn er mit gutem Grund auf die Besitzmacht des Veräußerers vertraut. Dieser Grund liegt oft — aber nicht immer nur, wie sich aus § 933 ergibt — in der Rechtfertigung durch die Besitzlage.[4])

Der gute Glaube des Erwerbers stützt sich also hier auf die Behauptung des Veräußerers und die dafür sprechenden Besitzverhältnisse. Die Besitzmacht des Veräußerers ergibt sich aber in diesem Fall daraus, daß der Dritte, der sich im unmittelbaren Besitz der Sache befindet, offenbar die Herausgabeverpflichtung an den Veräußerer anerkennt, und in Verfolg dieser Verpflichtung dem Erwerber den Besitz einräumt.[5])

Es kann hier insbesondere auch nicht gefordert werden, daß der Veräußerer an das Bestehen eines solchen Herausgabeanspruchs glaubt, denn ebenso wie es für eine nach § 932 wirksame Sachübereignung nicht erforderlich ist, daß der Veräußerer sich für den Eigentümer hält, kommt es hier lediglich auf den guten Glauben des Erwerbers an. „Die Abtretung des in Wahrheit nicht bestehenden Anspruchs kommt eben hier nicht als solche und mit ihrer regelmäßigen Wirkung, sondern nur als Tatbestandsmoment des singulären und originären Eigentumserwerbs zur Geltung".[6])

Daß auch der Gesetzgeber in § 934 H. 2 nicht das tatsächliche Bestehen eines Herausgabeanspruchs voraussetzte, geht aus den Protokollen hervor,[7]) aus denen sich ergibt, daß mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs im Falle, daß der Veräußerer keinen mittelbaren Besitz hatte, nur „Abtretung des bloßen Eigentumsanspruchs vom Nichteigentümer" gemeint war.

Außer dem Reichsgericht, das in ständiger Rechtsprechung den hier begründeten Standpunkt vertritt,[8]) teilen auch sämtliche neuere Lehr- und Erläuterungsbücher diese Ansicht;[9]) nur der ältere Kommentar von Biermann steht auf anderem Standpunkt, ohne allerdings eine Begründung für seine Ansicht zu geben.[10])

---

[3]) Walsmann i/Anm. zu RG i/JW 26/800.

[4]) Heck, Grundriß des Sachenrechts, S. 247.

[5]) Regelsberger, S. 355: „Die gerechtfertigte Grundlage des Vertrauens des Erwerbers besteht darin, daß ihm die tatsächliche Macht verschafft wird, als vom Veräußerer überlassen".

[6]) RGZ 89/349.

[7]) Prot. III S. 209.

[8]) RG i/Gruch. 53/693; RGZ 89/349, 135/75, 138/256.

[9]) Planck § 934, RGR-Komm. § 934, 1; Staudinger, 9. Aufl. in Abweichung von der früher vertretenen Meinung, § 934, 3b; noch weitergehend Wolff § 69 II 2c.

[10]) Biermann § 934, 1c.

Zusammenfassend ergibt sich also aus dem Zweck dieser Gutglaubensvorschriften, daß es für § 934 H. 2 nicht erforderlich ist, daß der Herausgabeanspruch wirklich besteht.

Wenn man trotzdem die Ansicht vertreten wollte, daß der Herausgabeanspruch tatsächlich bestehen muß, so würde dies zwar für unseren Fall 1, nicht aber auch für Fall 2, der nicht nach § 934 H. 2, sondern nach H. 1 zu entscheiden ist, etwas ändern. Für das Problem, das wir lösen wollen, und das sich aus dem Widerspruch zwischen § 933 und § 934 ergibt, würde also auch eine solche Ansicht keine entscheidenden Erkenntnisse liefern. Denn auch im Fall 2 findet keine Standortveränderung der Sache statt. Der von uns vertretene Standpunkt, daß das tatsächliche Bestehen eines Herausgabeanspruchs in § 934 H. 2 nicht erforderlich ist, braucht daher auch unter diesem Gesichtspunkt keine Änderung zu erfahren. Es genügt daher die Abtretung eines vermeintlichen Herausgabeanspruchs, sofern nur die übrigen Voraussetzungen des § 934 H. 2 erfüllt sind, und insbesondere der Dritte L dem gutgläubigen Erwerber G den Besitz verschafft hat.

II. Mittelbarer Besitz als ausreichendes Erfordernis auch für § 934 H. 2.

Es fragt sich daher weiterhin, was in § 934 H. 2 unter den Worten „wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt hat" zu verstehen ist. Denn den unmittelbaren Besitz hat der gutgläubige Erwerber G in unserem Fall bestimmt nicht erworben, und es ist demnach zu prüfen, ob auch die Erlangung des mittelbaren Besitzes zum Gutglaubenserwerb nach § 934 H. 2 ausreichte.

Zunächst kann an die Spitze dieser Prüfung die Feststellung gesetzt werden, daß sich das uns widersinnig scheinende Ergebnis, daß G Eigentum erworben habe, vermeiden ließe, wenn man es in § 934 H. 2 für den gutgläubigen Erwerber nicht mit der Erlangung des mittelbaren Besitzes bewenden ließe, sondern für ihn Erwerb des unmittelbaren Besitzes fordern würde.

Bei der Untersuchung über dieses Erfordernis der Besitzerlangung ist zunächst vom Wortlaut des Gesetzes auszugehen. In § 934 H. 2 heißt es, der Erwerber wird dann Eigentümer, wenn er „den Besitz" der Sache von dem Dritten erlangt. Im gewöhnlichen Sprachgebrauch versteht man im allgemeinen unter diesen Worten nur die tatsächliche Innehabung, die sich ungefähr mit dem unmittelbaren Besitz des BGB deckt (§ 854).

Aber in § 868 ist ausdrücklich noch eine andere Art des Besitzes eingeführt: der mittelbare Besitz, der dann besteht, wenn der unmittelbare Besitzer den Besitz der Sache auf Grund eines der dort aufgeführten Verhältnisse zum mittelbaren Besitzer innehat. Nach der Definition des Gesetzes ist dann auch dieser andere Besitzer. Demnach müßte man in einfacher Wortauslegung grundsätzlich immer, wenn das Gesetz ganz allgemein von der Erlangung des Besitzes spricht, auch den mittelbaren Besitz darunter verstehen, und es wäre also für § 934 H. 2 nicht gerechtfertigt, die Beschränkung auf die Übertragung des unmittelbaren Besitzes in das Gesetz hineinzulegen. Denn wenn der Gesetzgeber diese Beschränkung gewollt hätte, so hätte er ja genau wie in § 933 vorschreiben können,

daß der Erwerber erst Eigentümer wird, wenn ihm die Sache von dem Dritten übergeben wird.

Diese rein äußerliche Unterscheidung, die vom Wortlaut des Gesetzes ausgeht, ist in der Tat das einzige Argument, auf das sich sämtliche Reichsgerichtsentscheidungen stützen. Es ist in einer älteren Reichsgerichtsentscheidung ausgesprochen,[11]) und die neueren Entscheidungen begnügen sich damit, dies als herrschende Lehre und ständige Rechtsprechung hinzustellen, im übrigen aber auf die älteren Entscheidungen Bezug zu nehmen.[12])

Diese Entscheidungen bieten ein besonders krasses Beispiel für eine begriffsjuristische Gesetzesauslegung, die nicht nach dem Zweck der Vorschrift fragt, sondern aus dem Wortlaut e contrario ihre Schlüsse zieht: Da in § 934 nur von „Besitz" die Rede ist, während in § 933 „Übergabe" verlangt wird, muß unter Besitz in § 934 auch mittelbarer Besitz verstanden werden, denn sonst hätte der Gesetzgeber sich ja wie in § 933 ausdrücken können.

Demgegenüber sagt Planck zu Recht:[13]) „Ob sich eine solche Beschränkung des Wortes Besitz auf den unmittelbaren Besitz bezüglich einzelner Vorschriften aus dem Zusammenhang ergibt, ist eine im einzelnen zu prüfende Auslegungsfrage". Ohne aber diese Erkenntnis auszunutzen, findet sich auch in dem Erläuterungsbuch von Planck die Feststellung, daß für § 934 H.2 mittelbarer Besitz genüge, ohne jede Begründung.[14])

Mit viel größerem Recht und besserer Begründung könnte man m. E. unter Bezug auf § 933 zu dem gegenteiligen Ergebnis kommen, nämlich daß in § 934 H. 2 unter Besitz nur der unmittelbare Besitz verstanden werden kann.[15])

Der Grundgedanke ist in § 933 ausgesprochen. Danach kann ein Gutgläubiger grundsätzlich nur dann Eigentum vom Nichteigentümer erwerben, wenn er in den unmittelbaren Besitz der Sache gelangt. Dies selbst dann, wenn er den Veräußerer in unmittelbarem Besitz der Sache sieht und daher an sich alle Vertrauensgrundlagen gegeben scheinen, auf die das Gesetz den Eigentumserwerb kraft guten Glaubens stützen könnte. Diese objektive Vertrauensgrundlage genügt also in § 933 nicht, vielmehr muß zum Schutz des alten Eigentümers noch der offenkundige Vorgang der Übergabe hinzukommen.[16])

Das bedeutete also in unserem Fall, daß der Lagerhalter und unmittelbare Besitzer L nicht in der Lage ist, dem gutgläubigen Erwerber G von sich aus Eigentum zu übertragen, solange er im unmittelbaren Besitz der Ware bleibt. Dagegen wäre, wenn man in § 934 H. 2 mittelbaren Besitz ausreichend sein läßt, ein Dritter, der überhaupt keinerlei Beziehungen zur Sache hätte, in der Lage, diesen Erfolg herbeizuführen, wenn nur der unmittelbare Besitzer L dem Erwerber gegenüber ein Besitzmittlungsverhältnis eingeht. Der Lagerhalter L könnte also auf diese Weise das Erfordernis der unmittelbaren Besitzübertragung dadurch umgehen, daß er einen be-

---

[11]) RG Gruch. 53/694.
[12]) RGZ 89/349, i/JW 26/800; RGZ 135/175, 138/365.
[13]) Planck § 868, 5.
[14]) Planck § 934, 2.
[15]) Endemann II § 8 I A 2 I.
[16]) Wellspacher S. 7.

liebigen Dritten die Eigentumsübertragung auf den Erwerber vornehmen läßt, und ihm dann selbst den mittelbaren Besitz verschafft.

Demgegenüber bedarf es bei konsequenter Durchführung der Gedanken des Gesetzes, wie sich aus § 933 ergibt, einer in die äußere Erscheinung tretenden Verfügung des Besitzers, die durch die Anspruchsabtretung allein noch nicht gegeben ist. „Erst bei Erlangung des unmittelbaren Besitzes des Erwerbers vom alten Besitzer ist ein äußerer Tatbestand gegeben, der das Vertrauen des Erwerbers zu einem schutzwürdigen macht".[17])

Dies alles sind gewichtige Gründe, die für die Annahme sprechen, daß in § 934 H. 2 unter dem Wort „Besitz" nur der unmittelbare Besitz zu verstehen ist, und die mindestens eine ernsthafte Auseinandersetzung mit dieser Frage erfordern. Mit der bloßen Berufung auf den Wortlaut „Besitz", wie es das Reichsgericht tut, ist hierbei jedenfalls nicht weiterzukommen.

Für die Annahme, daß in § 934 H. 2 unter Besitz auch mittelbarer Besitz zu verstehen ist, spricht nun allerdings die Regelung in § 934 H. 1, in dem ausdrücklich die Verschaffung des mittelbaren Besitzes an den Erwerber genügt. Zwar liegt der Tatbestand in § 934 H. 1 insofern anders, als der Erwerber hier den Veräußerer in mittelbarem Besitz sieht, und dadurch eine Grundlage des Vertrauens geschaffen ist.

Im Gegensatz dazu befindet sich der Veräußerer in § 934 H. 2 nicht im mittelbaren Besitz, und dieser kann daher als solcher auch keine objektive Vertrauensgrundlage abgeben. Wenn auch der Erwerber hier ebenfalls mittelbaren Besitz bekommt, so nicht wegen des mittelbaren Besitzes des Veräußerers, sondern auf andere Weise, nämlich durch den unmittelbaren Besitzer. Da, wie oben festgestellt, der Veräußerer nicht einmal einen Herausgabeanspruch zu haben braucht, beruht das Vertrauen des Erwerbers außer auf den Erklärungen des Veräußerers also lediglich auf der Tatsache, daß er den mittelbaren Besitz erlangt. Diesen erhält er zwar vom unmittelbaren Besitzer, aber dieser könnte selbst durch die bloße Verschaffung des mittelbaren Besitzes ihm kein Eigentum verschaffen (§ 933).

Während also das Gesetz den Gutgläubigen nicht einmal dann schützt, wenn der wirkliche unmittelbare Besitzer selbst im eigenen Namen dem Erwerber nur den mittelbaren Besitz verschafft, könnte hier ein Dritter, der garnicht besitzt, durch gelungene Anweisung an den unmittelbaren Besitzer, zu dem Erwerber in ein Besitzmittlungsverhältnis zu treten, den Erfolg der Eigentumsverschaffung herbeiführen.

Trotzdem ist m.E. hier das Vertrauen des Erwerbers genau so schutzbedürftig wie in § 934 H. 1. Denn während in § 934 H. 1 das tatsächliche Bestehen des mittelbaren Besitzes des Veräußerers die objektive Vertrauensgrundlage für den Gutglaubenserwerb abgibt, ist es in § 934 H. 2 die Tatsache, daß außer dem Veräußerer noch ein Dritter, und zwar der unmittelbare Besitzer, durch seine Beteiligung dem ganzen Vorgang der Eigentumsübertragung eine gewisse Vertrauenswürdigkeit gibt. Während sich das Vertrauen in § 934 H. 1 auf das dafür sprechende objektive Besitzmittlungsverhältnis stützt, beruht es in § 934 H. 2 auf der vom unmittelbaren Besitzer ausgehenden Anerkennung einer allerdings nicht bestehenden Her-

[17]) Wellspacher S. 13.

ausgabeverpflichtung. In der Schutzbedürftigkeit des Erwerbers besteht also in beiden Fällen kein so weitgehender Unterschied, daß er für die Frage seines Eigentumserwerbs oder Nichterwerbs entgegengesetzte Ergebnisse rechtfertigen könnte. Denn die subjektiven Voraussetzungen des guten Glaubens sind nur an den Schein geknüpft, und dieser rechtfertigt in beiden Fällen nur in verhältnismäßig geringem Maße das Vertrauen des Erwerbers. — Andernfalls könnte der Veräußerer auch das Erfordernis der unmittelbaren Besitzverschaffung leicht umgehen. Denn er hat, wie wir gesehen haben, in diesen Fällen meist keinen tatsächlichen Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer. Dieser wird daher im allgemeinen den mittelbaren Besitz dem Erwerber nur dann übertragen, wenn er mit dem unredlichen Veräußerer gemeinsame Sache macht. Es wäre daher dem Veräußerer ein Leichtes, den unmittelbaren Besitzer zu veranlassen, statt direkt mit dem Erwerber, zuerst mit ihm selbst ein Besitzmittlungsverhältnis abzuschließen. Er könnte dann den so erlangten mittelbaren Besitz selbst an den Erwerber abtreten und ihm damit Eigentum ohne unmittelbaren Besitz verschaffen (§ 934 H. 1).

Es wäre m.E. völlig unlogisch, wenn in diesem Fall das Vertrauen des Erwerbers einen so starken Schutz genießen sollte und im ersten Fall überhaupt keinen, obwohl sich an der tatsächlich erkennbaren Besitzlage gar nichts geändert hat, und überdies im Falle des § 934 H. 2 durch die direkte Beteiligung eines Dritten noch ein besonderes Vertrauensmoment gewährt wird. Der Mangel des mittelbaren Besitzes und damit einer gewissen Verfügungsmacht des Veräußerers wird durch die scheinbare Anerkennung des Veräußerers als Eigentümer seitens des unmittelbaren Besitzers ersetzt.

Wollte man trotzdem für § 934 H. 1 unmittelbaren Besitz für erforderlich halten, so würde man in unserem Fall 1 zu dem unmöglichen Ergebnis kommen, daß der gutgläubige Erwerber G — vorausgesetzt, daß er mittelbaren Besitz erlangt hat — zwar kein Eigentum erworben hätte; daß er aber jedem Dritten gutgläubigen G_2 Eigentum verschaffen könnte auf Grund von § 934 H. 1, ohne daß die Sache ihre tatsächliche Lage zu verändern braucht, und obwohl dieser neue Erwerber viel weiter von der Sache entfernt ist. Dafür aber, daß dieser Neuerwerber G_2 einen so bedeutend weitergehenden Schutz verdient als der erste Gutgläubige, ist nicht der geringste Grund vorhanden, und eine derartige Lösung wäre auch mit unserem Rechtsempfinden nicht vereinbar.

Hier zeigt gerade ein Verweis auf unser zweites Beispiel, das, wie wir gesehen haben, ebenfalls zu unbilligen Ergebnissen führt, obwohl es den Eigentumserwerb nach § 934 H. 1 zum Gegenstand hat, daß ebenso wie in H. 2 auch in H. 1 eine zu § 933 widerspruchsvolle Regelung vorliegt. In diesem Fall, in dem die tatsächlichen Verhältnisse ganz ähnlich liegen, würde der gutgläubige Erwerber G_2 ohne weiteres Eigentum erwerben, da in § 934 H. 1 ausdrücklich nur mittelbarer Besitz vom Gesetz verlangt wird, wenn nicht, wie unten ausgeführt, gegen andere Punkte dieser Entscheidung Bedenken hergeleitet werden könnten. Mit dem Erfordernis des unmittelbaren Besitzes ist in diesem zweiten Fall, bei dem § 934 H. 1 also, da der klare Wortlaut des Gesetzes dagegen spricht, bestimmt nicht weiter zu kommen.

Diese Nebeneinanderstellung der wenig befriedigenden Ergebnisse von § 934 H. 1 und H. 2 zeigt auch deutlich, daß der Fehler im Gesetz hier nicht durch eine einschränkende Auslegung des Wortes „Besitz" in Abs. 2 zu beseitigen ist. Vielmehr ersehen wir hieraus, daß die Ursache der unbilligen Ergebnisse beiden Fällen, sowohl § 934 H. 1 wie H. 2, gemeinsam ist, und daß man sie daher nicht durch Einschränkung des Halbsatz 1 beseitigen kann, sondern daß man an einem anderen Punkt ansetzen muß.

Wenn hiernach der Gutglaubensschutz bei bloßer Verschaffung des mittelbaren Besitzes nach § 934 nicht befriedigt, so ist er doch, wie Halbs. 1 deutlich zeigt, vom Gesetzgeber gewollt, und wir sind, soweit es H. 1 betrifft, im geltenden Recht auch daran gebunden. Ebenso wie er es in § 934 H. 1 zum Ausdruck gebracht hat, wollte es der Gesetzgeber aber auch in § 934 H. 2 mit der Erlangung mittelbaren Besitzes durch den Erwerber bewenden lassen: „Dabei gelte es gleich, ob der Erwerber den Besitz selbst erlange, oder ob er mit dem Dritten ein Rechtsverhältnis eingehe, nach dessen Inhalt der Dritte verpflichtet werde, die Sache ihm nach Beendigung des Rechtsverhältnisses herauszugeben".[18])

Der Widerspruch, der sich hier zwischen dem § 933 und dem ganzen § 934 ergibt, ist dadurch entstanden, daß auf der einen Seite im Falle des Erwerbs durch Konstitut (§ 933) das Gesetz nicht einmal dem Vertrauen des Erwerbers auf das Eigentum des Veräußerers, das durch dessen unmittelbaren Besitz objektiv gerechtfertigt ist, Bedeutung beimißt, während es andererseits im Falle der Abtretung des Herausgabeanspruches (§ 934) das bloße Vertrauen des Erwerbers auf den mittelbaren Besitz des Veräußerers — oder sogar nur auf ein, einen solchen anerkennendes Verhalten eines Drittbesitzers — schützt, obwohl hier die objektive Vertrauensgrundlage im Verhältnis zum ersten Fall viel geringer ist.[19])

Ein tieferer Grund für diese widerspruchsvolle Regelung in den §§ 933, 934 läßt sich nicht feststellen; vielmehr müßte bei konsequenter Durchführung des Gedankens, der dem § 933 zugrunde liegt, ein Schutz des gutgläubigen Erwerbers nur und erst dann eintreten, wenn der Erwerber den unmittelbaren Besitz erlangt.[20])

Der Entwurf ging bei § 933, wie sich aus den Motiven ergibt,[21]) vom ADHGB § 306 aus, nach welchem der redliche Erwerber Eigentum erst erlangte, wenn ihm die Sache von einem Kaufmann übergeben war. Denn der Alteigentümer mußte dagegen geschützt werden, daß er durch den nach außen nicht offenkundigen Akt des Besitzkonstituts sein Eigentum verliere. Mit Rücksicht hierauf sollte im BGB nach dem Willen des Gesetzgebers das Eigentum so lange fortdauern, und die Vindication so lange durchdringen, wie die Sache in den Händen einer Person verbleibt, die der Vindication unterliegt,

---

[18]) Prot. III S. 210.

[19]) Wellspacher S. 12.

[20]) „Denn nur dann ist ein äußerer Tatbestand vorhanden, der bei dem Erwerber den Schein des Rechts zu erzeugen vermag und sein Vertrauen zu einem schutzwürdigen macht". Wellspacher, S. 13. — Vgl. zu dieser Frage Wieacker a.a.O., insbes. S. 31 ff., S. 33: „Dieser Verfall der Besitzpublizität ist nur eines der Muster für die Entwertung der alten Kundbarkeitsinstitute durch die Großräumigkeit und Intensität des modernen Verkehrs".

und gegen welche die Eigentumsklage vielleicht schon rechtshängig geworden ist, selbst wenn der Besitzer bzw. Inhaber den Versuch einer Veräußerung mittels Besitzkonstituts gemacht hat.[21])

Die innere Berechtigung für diese Regelung ergibt sich daraus, daß das Vertrauen, das der Erwerber hier dem Veräußerer entgegenbringt, indem er ihn im Besitz läßt, auch nicht schutzbedürftiger ist, als das des Eigentümers, der die Sachen dem Veräußerer als Besitzmittler übergeben hatte. Denn wenn der gutgläubige Erwerber die Sachen noch in den Händen des Veräußerers beläßt, so muß er die Gefahr, die in dieser Vertrauenserweisung liegt, tragen, genau wie der Eigentümer sonst diese Gefahr nach dem Rechtsspruch „Hand wahre Hand" zu tragen hat. Die Änderung der Willensrichtung des unmittelbaren Besitzers allein und der gute Glaube des Erwerbers rechtfertigen noch nicht den Eigentumsübergang, solange Eigentümer und Erwerber in dem gleichen Vertrauen die Sache bei dem unmittelbaren Besitzer belassen. Maßgebend für diese strengen Anforderungen an den Erwerb vom Nichtberechtigten durch Besitzkonstitut mag ferner noch gewesen sein die häufige Verwendung dieses Übergabesurrogats, das heimlich vorgenommen werden konnte, um dritte Personen zu benachteiligen und um die Bestimmungen über das Faustpfand zu umgehen.[22]) Daher verlangt das Gesetz in § 933 eine in die äußere Erscheinung tretende Verfügung des Besitzers, die durch bloßes Besitzkonstitut noch nicht gegeben ist.

Im Gegensatz zu diesen einleuchtenden Beweggründen, die beim Besitzkonstitut des § 933 maßgebend waren, hat der Gesetzgeber beim Eigentumserwerb durch Abtretung des Herausgabeanspruchs in § 934 diese merkwürdigerweise ganz außer acht gelassen. Er ist hierbei von anderen Gesichtspunkten ausgegangen: „Vor allem aber verlange das Bedürfnis des Verkehrs, daß der zur Zeit der Abtretung redliche Erwerber mit der Abtretung sofort Eigentum erwerbe, um über die Sache verfügen zu können, und daß sein Eigentumserwerb nicht vereitelt werde, falls er nachträglich, bis er selbst in den Besitz der Sache gelange, sich von dem Nichteigentum seines Veräußerers überzeuge".[23])

Wie auch an anderen Stellen in unserem geltenden Recht, ist bei diesen beiden Bestimmungen der §§ 933, 934 der Zwiespalt zwischen verschiedenen Zwecken des Gesetzes und zwar zwischen dem Schutz und der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes auf der einen Seite, und dem wirtschaftlichen Bedürfnis einer Erleichterung und Sicherung des Verkehrs auf der anderen in die Erscheinung getreten und nicht einheitlich, sondern widerspruchsvoll für die beiden Übereignungsarten gelöst worden.

Daß diese Probleme schon bei der Gesetzesabfassung bemerkt wurden, geht aus einem Antrag hervor, der verlangte, daß wie in § 933 auch in den Fällen der Übereignung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs zum Eigentumserwerb die Erlangung unmit-

[21]) Mot. III S. 345.

[22]) Wellspacher S. 9. — Hier muß insbesondere auf das Institut der Sicherungsübereignung hingewiesen werden, das „heute allgemein gebräuchlich geworden und, obwohl es dem Gesetz eigentlich widerspricht, durch Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht anerkannt ist"; Boehmer a.a.O. S. 63.

[23]) Prot. III S. 210.

telbaren Besitzes durch den Erwerber erforderlich sei,[24]) und zwar sollte dieses Erfordernis nur dann nötig sein, wenn der Eigentümer im Verhältnis zu dem Dritten mittelbarer Besitzer war. Denn der Eigentümer sollte seines Rechtes nicht verlustig gehen, solange die Sache in den Händen desjenigen bliebe, durch welchen er sie in mittelbaren Besitz gehabt hatte.

Mit einer diesem Antrag entsprechenden Fassung des Gesetzes wären die unbilligen Ergebnisse gerade in unseren Fällen vermieden worden. Der Antrag wurde aber abgelehnt mit der Begründung, eine derartige Regelung würde zu großen praktischen Schwierigkeiten führen, da sie jedem, der eine Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruches erwerben wolle, zwinge, zu untersuchen, wie der Dritte den Besitz der Sache erlangt habe.[25])

Diese Begründung ist m.E. nicht stichhaltig; denn wenn man schon dem Erwerber eine Vergünstigung in § 934 verschafft, gegenüber der wohlbegründeten Erschwerung in § 933, so braucht man ihn doch in diesen Fällen, wo er dem Veräußerer ein gewisses Vertrauen entgegenbringt, indem er die Sache in seinen Händen beläßt, nicht mehr zu schützen, als den Alteigentümer, der in derselben Beziehung zu der Sache steht. Außerdem zeigt auch die Fassung des Gesetzes bei entwerten Sachen (§ 935), bei der der Erwerber ebenfalls nicht geschützt wird, daß eine derartige Einschränkung des Gutglaubensschutzes im Rahmen des Gesetzes durchaus möglich ist.

Jedenfalls hat der Gesetzgeber diesen Weg hier nicht beschritten, und es läßt sich nicht bestreiten, daß genau wie in § 934 H. 1 vom mittelbaren Besitz ausdrücklich die Rede ist, vom Gesetz auch in § 934 H. 2 sowohl unmittelbarer wie mittelbarer Besitz gemeint ist.

Nun ist man allerdings bei der Auslegung des Gesetzes an eine derartige unzweifelhafte Absicht des Gesetzgebers nicht gebunden, wenn sie, wie in § 934 H. 2, nicht einwandfrei aus dem Gesetz hervorgeht. Aber eine solche Auslegung des Wortes „Besitz" würde, wie oben ausgeführt, im Falle des § 934 H. 1 — also in unserem zweiten Beispiel — wegen des klaren Wortlautes überhaupt nichts bessern. Darüber hinaus erscheint es unlogisch, diese vom Gesetzgeber gewollte Konsequenz einmal in § 934 H. 2, wo es der Wortlaut zuläßt, zu umgehen, während man bei der ähnlichen Sachlage in § 934 H. 1 dem klaren Wortlaut durch Auslegung nicht entgehen kann.

Nur wenn sich auf gar keine andere Weise die unbilligen Ergebnisse vermeiden ließen, wäre es zu rechtfertigen, eine derartige Auslegung anzuwenden, um wenigstens im Falle des § 934 H. 2 zu Ergebnissen zu kommen, die einem gesunden Rechtsgefühl entsprechen.

Solange aber nicht alle Möglichkeiten geprüft sind, die uns auf andere Weise, und zwar sowohl für § 934 H. 1 wie auch für H. 2 an das gewünschte Ziel bringen, ist im geltenden Gesetz daran festzuhalten, daß für den Erwerber nach § 934 nicht die Erlangung un-

---

[24]) Prot. VI, S. 263.
[25]) Prot. VI, S. 263/264.

mittelbaren Besitzes erforderlich ist, sondern daß die Verschaffung des mittelbaren Besitzes zum Eigentumserwerb genügt.[26])

Diese Erleichterung der Anforderungen an den Eigentumserwerb vom Nichteigentümer führt zu den in unseren beiden Ausgangsfällen vorliegenden unbilligen Ergebnissen.

Da also hier der Gesetzgeber ausnahmsweise schon an die Beziehungen, die der mittelbare Besitz des Erwerbers zur Sache gewährt, diese Wirkungen knüpft, ist mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, wann der Erwerber in eine derartige Beziehung zur Sache gelangt ist. Denn die Erkenntnis, daß hier dem mittelbaren Besitz eine Bedeutung zukommt, die sonst nur dem unmittelbaren zugeschrieben wird, gibt jenem eine über seine normale Wirkung hinausgehende Funktion.

An diesem Punkt muß man also auch zur Lösung des Problems ansetzen und das Institut des mittelbaren Besitzes unter besonderer Berücksichtigung dieser Folgen betrachten. Der mittelbare Besitz darf für eine zweckentsprechende Rechtsanwendung nicht ein starrer Begriff sein, in den alle scheinbar dazugehörigen Fälle ohne Rücksicht auf das Ergebnis schematisch hineingepreßt werden, wenn sie nur nach rein konstruktionsmäßigen Gesichtspunkten ähnlich gelagert sind. Vielmehr muß eine solche Einrichtung des Gesetzes, die nicht Selbstzweck ist, sondern Mittel zum Zweck und zwar zu dem des Schutzes bestimmter tatsächlicher Beziehungen, durch die Rechtswissenschaft und Rechtsprechung so ausgestaltet werden, daß sie stets den verschiedenen Interessenlagen Rechnung tragen kann; nur dann wird man immer auch zu billigen Ergebnissen kommen.

Wir haben demnach hier insbesondere die Frage zu prüfen, ob — mit Rücksicht auf den darauf beruhenden Eigentumserwerb — durch die bloße Vereinbarung eines Besitzkonstituts zwischen dem unmittelbaren Besitzer und einem dritten Sacherwerber die Besitzmittlungsbeziehung der Sache zu dem bisherigen Eigentümer und mittelbaren Besitzer tatsächlich endgültig zerstört wird: nur in diedem Fall nämlich kann von der Erlangung des mittelbaren Besitzes — und damit des Eigentums — durch den Erwerber die Rede sein, wenn man nicht außer dem mittelbaren Besitz des alten Eigentümers einen mittelbaren Nebenbesitz anerkennen will und einen solchen schon zum Eigentumserwerb nach § 934 ausreichend sein läßt.

Es kommt mithin für die Entscheidung über den Eigentumsübergang nach § 934 maßgeblich darauf an, ob der Veräußerer, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz verpflichtet bleibt, trotzdem dem Sacherwerber eine solche tatsächliche Beziehung zur Sache vermitteln kann — mittelbarer Besitz — die dessen Eigentumserwerb rechtfertigt.

III. Die Erlangung des mittelbaren Besitzes durch den Sacherwerber nach § 934 von einem Veräußerer, der Besitzmittler des Eigentümers ist.

Eine eingehende Untersuchung, die sich mit dieser besonderen Frage befaßt, liegt im Schrifttum zum BGB anscheinend noch nicht

[26]) Im Ergebnis ebenso: Staudinger § 934 I b; Gierke S. 42 Nr. I; JW 08/717 — RG Gruch. 53; Biermann § 934, 1 b; Planck § 934 II.

vor. Nur die zitierten Reichsgerichtsentscheidungen erörtern sie ziemlich oberflächlich, die wichtigsten Erläuterungsbücher erwähnen sie entweder überhaupt nicht oder kommen, wie Planck[27]) und Staudinger[28]) bei ihrer Lösung zu dem entgegengesetzten Ergebnis, und zwar ebenfalls ohne eine tiefere Begründung für ihre Ansichten zu geben.

Lediglich zwei Dissertationen aus dem Jahre 1898,[29]) beide mit demselben Titel: „Kann derjenige, welcher nicht selbst Besitzer, sondern nur Stellvertreter des dritten Besitzer einer Sache ist, durch constitutum possessorium den Besitz der Sache weiter übertragen?" untersuchen diese Frage ausführlicher und kommen ebenfalls zu genau entgegengesetzten Ergebnissen.[30])

Da diese Arbeiten aber vor Inkrafttreten des BGB entstanden sind, und die Frage auf dem Boden des gemeinen Rechts zu lösen versuchen, haben sie für unsere Rechtsbetrachtung nur noch historischen Wert.

a) Der mittelbare Besitz und seine Erlangung im Allgemeinen.

Es ist daher unbedingt erforderlich für die Lösung dieser Frage, von der der Eigentumserwerb nach § 934 ausschlaggebend abhängt, etwas weiter auszuholen, um tiefer in den Stoff einzudringen.

Und zwar muß man bei dieser Untersuchung, die sich mit dem Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes befaßt, zunächst auf das Wesen des mittelbaren Besitzes überhaupt eingehen und die Voraussetzungen feststellen, die im allgemeinen für das Zustandekommen eines Besitzmittlungsverhältnisses erforderlich sind.

Der mittelbare Besitz gehört mit zu den umstrittendsten Einrichtungen überhaupt in unserem BGB[31]), und schon die Protokolle sagen, der mittelbare Besitz stelle ein Institut von zweifelhaftem Charakter dar.[32])

Für die Klärung des Begriffs des mittelbaren Besitzes ist zunächst kurz auszugehen von dem Institut des unmittelbaren Besitzes, das im BGB, gerade was den Erwerb und Verlust anbetrifft, eine eingehendere Regelung gefunden hat; denn die beim unmittelbaren Besitz gewonnenen Erkenntnisse sind z. T. auch für den mittelbaren Besitz von Bedeutung.

1. Rechtsgeschichtlich.

Schon im gemeinen Recht war das Wesen des Besitzes umstritten, und es standen sich hauptsächlich zwei Theorien gegenüber. Auf der einen Seite sah die subjektive Theorie Savigny's[33]) neben einem körperlichen Zustand (corpus) vor allem in dem Besitzwillen (animus) das entscheidende Merkmal des Besitzes.[34])

---

[27]) Planck § 868, 7.
[28]) Staudinger § 868 V 2b.
[29]) Zurhellen, Erlangen 1898; Blatzheim, Erlangen 1898.
[30]) Zurhellen S. 23 ff.; Blatzheim, S. 43 ff.
[31]) Przibilla, S. 9.
[32]) Prot. III S. 332.
[33]) Savigny, Das Recht des Besitzes.
[34]) Savigny, a.a.O. § 19 S. 274: „Die Verbindung der äußeren Handlung mit dem animus begründet den Besitz".

Demgegenüber bekämpfte auf der anderen Seite Jhering[35]) mit der von ihm begründeten objektiven Theorie diese Lehre, die den animus domini zum Besitzerwerb verlangte.

Während nach der subjektiven Theorie die Frage, ob possessio oder detentio vorlag, von der Willensrichtung des Erwerbers abhing, bildet nach der objektiven Theorie Jherings der animus domini nicht mehr das Kriterium des Besitzes, denn nach dieser besteht zwischen dem animus suo nomine possidendi und alieno nomini possidendi kein Unterschied.[36])

Im BGB ist nun zwar der Erwerb des unmittelbaren Besitzes in § 854 definiert und das ganze Institut in einem besonderen Abschnitt geregelt. Eine Begriffsbestimmung des unmittelbaren Besitzes selbst aber zu geben, hat das BGB vermieden, und es der Wissenschaft überlassen, eine solche nach den im Gesetz gegebenen Anhaltspunkten aufzustellen. Solche Anhaltspunkte sind auch im BGB mehrfach vorhanden, trotzdem bereitet aber eine genaue Angabe der Erfordernisse für den unmittelbaren Besitz große Schwierigkeiten. In der Hauptsache liegt dies daran, daß alle Versuche, den Begriff der tatsächlichen Herrschaft, den § 854 für den unmittelbaren Besitz aufgestellt hat, zu analysieren, mißlungen sind.[37])

Dies hängt zunächst damit zusammen, daß der Besitz eine der Lebenserscheinungen ist, die aus dem menschlichen Zusammenleben unmittelbar geschöpft sind und daher in ihrer Selbstverständlichkeit und infolge ihrer elementaren Natur einer näheren Bestimmung nicht fähig erscheinen.[38])

Entscheidend ist für den Begriff des Besitzes die Verkehrsanschauung, und diese ist wandelbar. Denn je weiter unsere Zivilisation und insbesondere die Entwicklung unserer Verkehrsmittel fortschreitet, um so lockerer werden die früher so engen Beziehungen zwischen Besitzer und Sache, und um so vergeistigter erscheint der Begriff der tatsächlichen Herrschaft.[39]) Maßgebend für die Frage nach dem Bestehen des Besitzes sind alle Umstände, d.h. es sind die herrschende Lebens- und Verkehrsauffassung, der Wille der Parteien, die Raumverhältnisse sowie auch die bestehenden Rechtsverhältnisse in Betracht zu ziehen.

Das Erfordernis eines besonderen Besitzwillens ist in § 854 nicht aufgestellt, und ein dahingehender Antrag wurde in der zweiten Kommission sogar abgelehnt.[40]) Aber damit ist der Wille nicht als Tatbestandsmoment überhaupt abgelehnt. Vielmehr ist — wie wir eben sahen — dieses Erfordernis schon im Begriff der tatsächlichen Gewalt enthalten; denn davon, daß jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt hat, wird man im allgemeinen nur dann sprechen können, wenn er die Erkenntnis seiner Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache auch irgendwie in seinem Willen aufgenommen hat.[41])

---

[35]) Jhering: „Über den Grund des Besitzschutzes"; und „Der Besitzwille".

[36]) Näheres bei Draganescu, S. 51.

[37]) Wolff, § 5 III.

[38]) Planck Vorbem. 3; Goldschmidt S. 71.

[39]) Staudinger § 854.

[40]) Prot. III S. 30.

[41]) Planck § 854 c; Wolff § 10; Staudinger § 854 V.

Wie verhält es sich nun im besonderen mit dem mittelbaren Besitz, und welches sind die Voraussetzungen, von denen das Bestehen des mittelbaren Besitzes abhängt? Eine solche allgemeine Prüfung der Elemente des mittelbaren Besitzes ist erforderlich, damit für die Prüfung des Einzelfalls wenigstens einige Anhaltspunkte zugrunde gelegt werden können.

2. Im BGB. nach bisheriger Affassung.

Die Begriffsbestimmung des mittelbaren Besitzes ist in § 868 BGB niedergelegt, der im Gegensatz zu den Bestimmungen über den unmittelbaren Besitz, eine genaue Definition des Instituts liefert. Nach § 868 wird für den mittelbaren Besitz zunächst zweierlei gefordert, nämlich erstens muß sich die Sache im unmittelbaren Besitz eines anderen befinden, und zweitens ist das Bestehen eines Verhältnisses der in § 868 bezeichneten Art erforderlich, auf Grund dessen der Besitzmittler den Besitz für den mittelbaren Besitzer ausübt.

Die erste für den mittelbaren Besitz notwendige Voraussetzung, deren Grenzen allerdings flüssig sind (z.B. Besitzdiener), ergibt sich eindeutig aus dem Gesetz und ist auch in der Wissenschaft allgemein anerkannt.

Um so streitiger in Schrifttum und Rechtsprechung ist die Auslegung des zweiten Erfordernisses. Wie sich aus den Protokollen ergibt,[42]) waren schon bei der Beratung über die Gestaltung des mittelbaren Besitzes im BGB zwei Gruppen von Meinungen vorhanden, die das Institut des mittelbaren Besitzes auf verschiedene Weise zu erklären versuchten.

Die einen vertraten den Standpunkt, daß der tatsächliche Besitz des Eigentümers noch fortbestehe, auch wenn er die Sache dem Besitzmittler auf Grund eines der in § 868 aufgezählten Verhältnisse übergeben habe. Der unmittelbare Besitzer habe dadurch nur einen unvollständigen Besitz errungen, wie ihn das Pr.ALR schon kenne.[43]) Die tatsächliche Gewalt des mittelbaren Besitzers äußere sich auch weiterhin in der Ausschließung Dritter von Einwirkungen auf die Sache.[44])

Demgegenüber wurde von anderen der Standpunkt vertreten, daß der mittelbare Besitz im BGB nur eine Fiktion sei. Es bestehe in Wahrheit keinerlei tatsächliche Gewalt des mittelbaren Besitzers mehr, vielmehr habe dieser nur deshalb noch ein schutzwürdiges Interesse, weil er den unmittelbaren Besitz auf Grund des Rechtsverhältnisses nur auf Zeit abgegeben habe. Unter diesem Gesichtspunkt seien die Vorschriften der §§ 868, 869 zu verstehen.[45]) Die Mehrheit der Kommission trat zwar diesen Ausführungen bei, aber dies kann für unsere Untersuchungen nicht entscheidend sein.

Diese schon in der Kommission bestehenden Meinungsverschiedenheiten fanden nach Inkrafttreten des BGB ihren Ausdruck in einer Unzahl von Einzelschriften über den mittelbaren Besitz,[46]) und

---

[42]) Prot. III S. 223.
[43]) ALR I, 7 § 124.
[44]) Prot. III S. 224.
[45]) wie vor.
[46]) Wie im folgenden zitiert.

ein Blick in das neuere Schrifttum zeigt uns, daß dieser Streit über den mittelbaren Besitz und seine einzelnen Voraussetzungen noch keineswegs beendet ist.

Wenn man also einen klaren eigenen Standpunkt zu der Frage des mittelbaren Besitzes gewinnen will, kann man es nicht umgehen, sich wenigstens kurz die verschiedenen Theorien vor Augen zu führen und sie kritisch zu erörtern. Erst wenn sich so wenigstens in groben Umrissen eine gewisse Klärung des Wesens des mittelbaren Besitzes ergeben hat, kann man versuchen, zu einer befriedigenden Lösung der besonderen Frage des Erwerbes und Verlustes des mittelbaren Besitzes in § 934 zu gelangen.

Es ist nicht die Aufgabe dieser Arbeit, den Begriff des mittelbaren Besitzes in allen seinen Einzelheiten klarzustellen. Vielmehr kann eine Untersuchung nur soweit durchgeführt werden, als diese für den Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes und damit für den Eigentumserwerb nach § 934 von entscheidender Bedeutung ist. Es soll also insbesondere hier nicht festgestellt werden, welche Rechtsverhältnisse im einzelnen als „ähnliche" im Sinne von § 868 angesehen werden können, und welche nicht ausreichen, um einen mittelbaren Besitz zu begründen. Diese Fragen sind zwar an sich für die Tatsache, ob jeweils ein mittelbarer Besitz besteht oder nicht, von Bedeutung. Wir können uns aber bei der Untersuchung unseres Problems mit den in § 868 aufgeführten Beispielen begnügen. —

Wie sich aus dem Wort selbst und aus der Definition in § 868 ergibt, ist der mittelbare Besitz nur ein Teil des Besitzinstituts überhaupt, er ist „Auchbesitz". Es müßte demnach eigentlich, ähnlich wie bei dem unmittelbaren Besitz in § 854, die tatsächliche Gewalt des Besitzers über die Sache auch das entscheidende Kriterium für das Bestehen des mittelbaren Besitzes sein. Da aber in diesem Fall die wirkliche Sachherrschaft von dem Besitzmittler ausgeübt wird, kann von einer tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit des mittelbaren Besitzers auf die Sache kaum noch die Rede sein. Es muß daher noch ein anderer Faktor vorhanden sein, der uns erst zu der Annahme eines mittelbaren Besitzes berechtigt. Als solcher kann einerseits das dem mittelbaren Besitz zu Grunde liegende Rechtsverhältnis, andererseits aber auch der Wille des unmittelbaren Besitzers, für den mittelbaren den Besitz auszuüben, in Frage kommen.

Darum, welcher von diesen beiden Faktoren für die Annahme eines mittelbaren Besitzes der entscheidende ist, geht nun der Hauptstreit in dem gesamten, über den mittelbaren Besitz erschienenen Schrifttum. Auch in den neueren Lehr- und Erläuterungsbüchern sind noch die verschiedensten Ansichten über diesen Punkt zu finden. Es handelt sich hierbei auch nicht um einen rein theoretischen und unfruchtbaren Streit, dessen Entscheidung keine praktischen Folgen hätte. Vielmehr ist eine Klärung dieser verschiedenen Ansichten unbedingt erforderlich, denn die Entscheidung nach der einen oder anderen Richtung ist von maßgebender Bedeutung für den Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes.

Ähnlich wie bei dem Streit über den unmittelbaren Besitz im gemeinen Recht lassen sich hier eine objektive und eine subjektive Theorie unterscheiden, die beide eine große Anzahl von Vertretern gefunden haben. Es erscheint zweckmäßig, vor einer eigenen Stel-

lungnahme erst eine kurze Gegenüberstellung der bisher vertretenen Anschauungen vorzunehmen.

aa) Objektive Auffassung.

Die objektive Auffassung findet das entscheidende Kriterium des mittelbaren Besitzes im Bestehen eines zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses. Nach Ansicht der Vertreter dieser Theorie ist also, wenn eines der in § 868 aufgezählten Rechtsverhältnisse besteht, auch zugleich ein Besitzmittlungsverhältnis vorhanden, unabhängig von dem Willen des unmittelbaren Besitzers, den Besitz für den mittelbaren Besitzer auszuüben.

Am weitesten gehen als Vertreter dieser Anschauung Wendt[47]) sowie Bartels.[48]) Sie stehen nämlich auf dem extremen Standpunkt, daß die Einrichtung des mittelbaren Besitzes in unserem BGB lediglich eine Rechtsfiktion darstelle. „Der mittelbare Besitz ist in Wirklichkeit nicht das, für was er sich ausgibt, ist kein Besitz, wie ihn andere Besitzer haben, sondern ist nur eine Fiktion".[49]) Schon aus dem Gesetz ergäbe sich, daß die dem mittelbaren Besitz verliehenen Rechtswirkungen lediglich von den dem mittelbaren Besitz zu Grunde liegenden Beziehungen getragen würden.

Von diesem extremen Standpunkt aus, der lediglich das objektive Rechtsverhältnis entscheidend sein läßt, kommt schließlich Binder[50]) zu der Feststellung: „Die Frage, wann der Besitzmittler sich die tatsächliche Gewalt in dem Maße angeeignet hat, daß der mittelbare Besitzer sie ganz verloren hat, kann nur mit einem „niemals" beantwortet werden".

Zu ihrer Begründung verweisen die Anhänger dieser Ansicht einmal auf die Denkschrift[51]) und ferner auf die objektive Fassung des § 868, nach der nur ein konkretes Rechtsverhältnis vorausgesetzt werde, und von einem Willenserfordernis des unmittelbaren Besitzers, die Sache für den mittelbaren zu besitzen, nichts zu finden sei; denn im subjektiven Sinn könnte dieser Paragraph nicht verstanden werden.[52]) Außerdem folge die Richtigkeit dieser Ansicht aus § 870, nach welcher Vorschrift der mittelbare Besitz dadurch auf einen anderen übertragen werden kann, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird. Eine Kenntnis des unmittelbaren Besitzers oder gar eine bestimmte Willensrichtung wird hierbei nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes offenbar nicht voraussetzt. Denn nach § 870 kann der Besitzmittler gar nicht wissen, wer mittelbarer Besitzer ist., Die Anerkennung als mittelbarer Besitzer könne sich aber doch immer nur auf eine bestimmte Person beziehen. Auch durch den Wortlaut des § 871 und das Erfordernis eines konkreten Verhältnisses in § 868 werde der objektive Sinn dieses Instituts unzweifelhaft festgestellt.[53]) Von

---

[47]) Arch.ziv.Prax. 87/47 ff. und „Besitz und Besitzwillen" i/Festschr. d. Univers. Gießen 1907.
[48]) i/Gruch. 42/652 ff.
[49]) Wendt: S. 49.
[50]) Binder, S. 58 Anm. 76.
[51]) Denkschrift S. 214.
[52]) Windscheid-Kipp S. 710; Hoos S. 59.
[53]) Müller i/Gruch. 54/247 ff., 249.

einigen wird die Begründung dieser objektiven Anschauung auch aus den Protokollen gefolgert, nach denen das Bestehen des Rechtsverhältnisses entscheiden soll;[54]) obwohl ebenfalls Vertreter der objektiven Theorie, will Müller[55]) das Gegenteil anscheinend aus den Protokollen folgern.

Ausschlaggebend für die Annahme eines Besitzmittlungsverhältnisses ist also jedenfalls nach dieser Theorie das zugrundeliegende Rechtsverhältnis.[56])

Die schwache tatsächliche Beziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache bedarf zur Anerkennung als Besitzmittlungsverhältnis noch der Verstärkung durch ein bestimmtes Rechtsverhältnis.[57])

Alle die angeführten Argumente, die sich zum Teil auf den Wortlaut, zum Teil auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmungen über den mittelbaren Besitz berufen, können natürlich eine derartige Entscheidung nicht tragen; denn wie ein Blick in das einschlägige Schrifttum zeigt, fällt ein großer Teil der Schriftsteller auf Grund desselben Wortlauts und der gleichen Entstehungsgeschichte gerade das entgegengesetzte Urteil.

Auf der einen Seite wird festgestellt, es sei aus den Protokollen[58]) zu ersehen, daß der Gesetzgeber das entscheidende Gewicht gerade nicht auf das wirkliche Bestehen eines Rechtsverhältnisses, sondern auf die Willensrichtung des unmittelbaren Besitzers gelegt habe. Es wurde nämlich in der zweiten Lesung der Antrag gestellt: „Im Falle des § a Abs. 2 . . . . wird dadurch, daß der Vertreter im Besitz den Eigenbesitzer als solchen nicht mehr anerkennt, der Besitz erst dann beendigt, wenn der Vertreter im Besitz dies dem Eigenbesitzer erklärt".[59]) Dieser Antrag wurde abgelehnt, da er im wesentlichen selbstverständlich sei.[60])

---

[54]) Fleck, S. 372.

[55]) Müller, a.a.O. S. 249.

[56]) So auch Przibilla S. 86: „Beim unmittelbaren Besitz (§ 854) liegt das Hauptgewicht auf dem tatsächlichen, bei mittelbaren (§ 868) auf dem rechtlichen Moment". Im übrigen aber kann Przibilla nicht als Vertreter der objektiven Theorie genannt werden, denn in teilweisem Widerspruch zu dem hier zitierten Satz sagt er z.B. (a.a.O. S. 78), daß trotz des Bestehens eines Rechtsverhältnisses von einem mittelbaren Besitz dann nicht gesprochen werden könne, wenn der unmittelbare Besitzer nicht den Willen hätte, für den mittelbaren zu besitzen, und legt damit das Hauptgewicht beim mittelbaren Besitz auf die subjektive Einstellung des Besitzmittlers. Przibilla, und eine Reihe anderer Schriftsteller, messen also im Gegensatz zu den zuerst genannten Vertretern der „Fiktionstheorie" auch dem Willensmoment schon wesentlichere Bedeutung bei, indem sie es für das Bestehen der „schwachen, tatsächlichen Beziehung" voraussetzen, die die Annahme eines mittelbaren Besitzes überhaupt erst rechtfertigt.

[57]) Przibilla, S. 87: „Der mittelbare Besitz beruht auf einer durch ein Rechtsverhältnis mit einem anderen vermittelten, rechtlich geschützten, tatsächlichen Beziehung einer Person zu einer Sache und nicht auf einer Fiktion".

[58]) Prot. III S. 223 ff.

[59]) Prot. III S. 202, 3 b.

[60])Prot. III S. 227.

Hieraus sei zu ersehen, daß es dem Gesetzgeber in der Hauptsache gar nicht auf das Bestehen eines Rechtsverhältnisses der im § 868 aufgezählten Art angekommen sei, sondern auf den Willen des unmittelbaren Besitzers. Ferner ergebe sich aus der Fassung des § 868, vor allem aus dem Wortlaut „als Nießbraucher usw.", daß der mittelbare Besitz nicht vom objektiven Bestehen eines solchen Verhältnisses abhängig sei. Vielmehr komme durch die Wortfassung zum Ausdruck, daß für das Bestehen eines Besitzmittlungsverhältnisses nur der Glaube des unmittelbaren Besitzers an das Bestehen einer solchen Beziehung und sein Wille, den Besitz für den mittelbaren Besitzer auszuüben, erforderlich sei.

Demgegenüber erklären Vertreter der objektiven Theorie,[61]) daß der Gesetzgeber, wenn er nur eine tatsächliche Beziehung zwischen den beiden Personen hätte zugrunde legen wollen, also etwa die tatsächliche Anerkennung, er dem auch in der Fassung entsprochen hätte und in § 868 nicht den Wortlaut „als Nießbraucher" gewählt hätte. Vielmehr hätte er diese Absicht dann zum Ausdruck bringen müssen durch die Worte: „Besitzt jemand, ohne ein Nießbraucher zu sein, wie ein Nießbraucher", oder wie in § 872: „Besitzt jemand eine Sache als zum Nießbrauch überlassen".

Für den objektvien Standpunkt muß es bei Bestehen eines Rechtsverhältnisses der in § 868 aufgezählten Art gleichgültig sein, ob der unmittelbare Besitzer den Willen hat, den Besitz für den mittelbaren Besitzer auszuüben. So lange er nur im unmittelbaren Besitz der Sache und das Rechtsverhältnis als solches bestehen bleibt, muß eine Änderung seines Willens für den mittelbaren Besitz ohne Einfluß sein.[62]) Nach dieser Auffassung vom mittelbaren Besitz müßte es auch unerheblich sein, ob der Entschluß des Besitzmittlers nur im Stillen gefaßt war, oder ob er ihn auch erkennbar geäußert hatte. „Solange nur das Rechtsverhältnis besteht, kommt es auf die Erklärung nicht an".[63]) Denn durch eine bloße Änderung seines Willens und dessen Erklärung kann der unmittelbare Besitzer nicht den auf der objektiven Grundlage des Rechtsverhältnisses beruhenden Besitz des mittelbaren Besitzers zerstören.[64]) „Die Rechtsposition des mittelbaren Besitzers würde ihre Bedeutung zum größten Teil verlieren, wenn sie von der Anerkennung — also dem guten Willen — des unmittelbaren Besitzers abhängig wäre".[65]) Selbst wenn der Besitzmittler noch so entschieden seine Nichtanerkennung zum Ausdruck bringt, muß nach dieser Ansicht der mittelbare Besitz bestehen bleiben. Einseitige Handlungen des unmittelbaren Besitzers können eben grundsätzlich den mittelbaren Besitz überhaupt nicht beenden.

Anders wird dies natürlich dann, wenn durch die Handlungen des Besitzmittlers dessen unmittelbarer Besitz selbst beendigt wird. Denn wenn der unmittelbare Besitzer selbst die tatsächliche Gewalt und damit den unmittelbaren Besitz verloren hat, kann er einen Be-

---

[61]) Mengelkoch, E.: i/Jherings Jb. 76/79.

[62]) „Da der durch den Besitzmittler vermittelte Besitz nicht auf dem animus beruht, wird derselbe auch nicht dadurch verloren, daß der Besitzmittler Eigenbesitzer wird". Binder, S. 58 Anm. 76.

[63]) Männer S. 137, 21; s. auch Windscheid-Kipp, S. 710.

[64]) Jacobi S. 274; Hoos S. 59; Staudinger § 868.

[65]) Leonhardt S. 73 ff.

sitz nicht mehr vermitteln. Es ist allerdings in diesem Falle denkbar, daß der Besitzmittler die Sache dem mittelbaren Besitzer wieder zurückgiebt, sodaß die völlige Herrschaftsgewalt des Oberbesitzers wiederhergestellt wird, und dadurch seine Stellung zur Sache wieder zum Besitz erstarkt.

Wenn man aber von einer — wenn auch weit gefaßten — körperlichen Gewalt nicht mehr sprechen kann, vor allem also, wenn ein Dritter den Besitz der Sache, sei es auch gegen den Willen des unmittelbaren Besitzers erlangt hat, dann ist der mittelbare Besitz erloschen, wie sich aus § 856 ergibt; denn dann ist das erste Erfordernis des Besitzens auf Grund eines Rechtsverhältnisses weggefallen. Vor allem kommen hier die Vernichtung oder das Weggeben der Sache durch den unmittelbaren Besitzer als tatsächliche Momente in Frage, die den mittelbaren Besitz zur Aufhebung bringen,[66]) und ebenso muß auch nach dieser objektiven Theorie durch das Aufhören des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses der mittelbare Besitz beendet sein. — Solange aber der unmittelbare Besitzer noch die tatsächliche Gewalt hat, und solange er dem mittelbaren Besitzer gegenüber zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, können nach der objektiven Theorie einseitige Handlungen des unmittelbaren Besitzers die Sache dem Besitz des mittelbaren Besitzers überhaupt nicht entziehen.

bb) Subjektive Auffassung.

Demgegenüber wollen die Vertreter der subjektiven Auffassung den Verlust des mittelbaren Besitzes auf ganz andere Weise eintreten lassen. Da nach dieser Anschauung das entscheidende Element des mittelbaren Besitzes nicht in dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis, sondern in dem Willen des unmittelbaren Besitzers zu sehen ist, ist es für den Verlust des mittelbaren Besitzes nicht erforderlich, daß dem unmittelbaren Besitzer die Sache aus seinem unmittelbaren Besitz kommt, oder das zugrundeliegende Rechtsverhältnis „objketiv" aufhört. Vielmehr ist zur Herbeiführung dieses Erfolges schon eine Willensänderung des unmittelbaren Besitzers in der Lage. Daneben werden allerdings von einzelnen Vertretern der subjektiven Theorie noch weitere Erfordernisse aufgestellt.

Manche[67]) nehmen an, daß der mittelbare Besitz schon dadurch zerstört werde, daß der wirkliche Besitzer den Entschluß faßt, die Sache für sich zu haben. Hier ist in konsequenter Durchführung der subjektiven Theorie der mittelbare Besitz lediglich vom inneren Willen des unmittelbaren Besitzers abhängig gemacht. Nach anderen Schriften, die ebenfalls auf dem Standpunkt der subjektiven Theorie stehen, genügt ein bloßes inneres Wollen des unmittelbaren Besitzers, die Sache nicht mehr für den mittelbaren zu besitzen, nicht: der Wille muß vielmehr auch äußerlich erkennbar hervorge-

[66]) „Da der unmittelbare Besitz lediglich das Verhältnis einer tatsächlichen Gewalt über die Sache ist, kann der unmittelbare Besitzer dem bisherigen mittelbaren Besitzer die Sache einseitig nicht anders als dadurch entziehen, daß er sich der tatsächlichen Gewalt über die Sache entledigt". RFH 2/245.

[67]) Vgl. Kniep S. 266.

treten sein. Sie lassen aber jede dahingehende Willensäußerung genügen, um den mittelbaren Besitz als beendigt anzusehen.[68]) Eine solche Nichtanerkennung kann praktisch sowohl in einer dem mittelbaren Besitzer oder einem Dritten gegenüber abgegebenen Erklärung zum Ausdruck kommen, sie kann aber auch ohne jede Erklärung darin liegen, daß sich der Besitzmittler in der Behandlung der Sache offensichtlich über jede Rücksichtnahme auf den mittelbaren Besitzer hinwegsetzt.[69]) So führt Wolff[70]) als Beispiel an, es genüge schon für den Verlust des mittelbaren Besitzes, wenn der unmittelbare Besitzer seinen Namen in das geliehene Buch schreibt.

Andere Schriftsteller halten wieder eine Erklärung des unmittelbaren gegenüber dem mittelbaren Besitzer zwar für genügend, aber auch für erforderlich.[71]) Ein weiteres Erfordernis für den Verlust des mittelbaren Besitzers stellt Becker auf.[72]) Danach genügt auch eine solche Anzeige gegenüber dem mittelbaren Besitzer für sich allein noch nicht, um das Besitzverhältnis zu beendigen. Es soll vielmehr für das Weiterbestehen des mittelbaren Besitzes darauf ankommen, wie der mittelbare Besitzer sich auf die Anzeige hin verhält, und ob er insbesondere durch Stillschweigen zu erkennen gibt, daß er das kausale Rechtsverhältnis und damit zugleich seine Stellung als mittelbarer Besitzer aufgibt.

Auch nach dem Erläuterungsbuch von Staudinger[73]) soll im allgemeinen eine äußerlich hervortretende Willensbetätigung des unmittelbaren Besitzers zur Beendigung des mittelbaren Besitzes genügen, während aber z.B. die Vereinbarung eines Besitzkonstituts mit einem Dritten diese Wirkung nicht haben soll.

Nach Planck[74]) ist das entscheidende Gewicht nicht auf die Gültigkeit des Rechtsverhältnisses zu legen, sondern auf deren Tatsächlichkeit (Verkörperung). Diesen Worten nach scheint also Planck eine Mittelmeinung zu vertreten, die es weder nur auf das Rechtsverhältnis, noch allein auf den Willen abstellt. Diese Ansicht ist aber nicht konsequent durchgeführt, und im praktischen Ergebnis kommt das Erläuterungsbuch der Meinnung des Reichsgerichts sehr nahe. das einen sehr extremen subjektiven Standpunkt vertritt, und das diese Auffassung besonders auch in den Entscheidungen zugrunde gelegt hat, nach denen unser Fall 2 gebildet wurde. In diesen nimmt das Reichsgericht als Regel an, daß jedes Besitzkonstitut, das der

---

[68]) „Wenn durch die Erklärung auch nicht das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis aufgehoben wird, so kann doch von dem subjektiven Moment, das beim mittelbaren Besitz erforderlich ist und das in den Worten „als Nießbraucher usw." zum Ausdruck kommt, nicht mehr die Rede sein, wenn der Besitzmittler unzweifelhaft das Fehlen dieses Momentes zum Ausdruck bringt" (Przibilla S. 78). — Vgl. auch Grützmann S. 504 ff.; ähnlich auch Buhl S. 31 und Komm.RGR § 868, 6.

[69]) Strohal S. 112.

[70]) Wolff § 15 II 2.

[71]) Dernburg § 12, 3; Przibilla S. 78.

[72]) Becker, S. 63.

[73]) Staudinger, 10. Aufl., § 868 V 2 b.

[74]) Planck § 868, 7.

unmittelbare Besitzer mit einem Dritten eingeht, den bisherigen Besitz vernichte.[75])

Gestützt wird diese Ansicht sehr oberflächlich ebenfalls auf die Wortfassung des § 868 — „als Nießbraucher" —, die ein subjektives Erfordernis aufstelle. Somit hänge es lediglich von der Willensentschließung des unmittelbaren Besitzers ab, ob und wie lange er diesen Erfordernissen genügen will.

b) Die Erlangung des mittelbaren Besitzes in den Problemfällen (3 Möglichkeiten).

Aus diesen im einzelnen voneinander abweichenden Ansichten und aus der Art ihrer Begründung läßt sich zumindest soviel entnehmen, daß man auf diese Art der Beweisführung nicht zu einer entscheidenden Klärung des Problems gelangen kann. Es ist vielmehr zu diesem Zweck von den wirtschaftlichen Auswirkungen der einzelnen Ansichten, besonders auf den Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes auszugehen, und gerade in unserem Fall zu fragen, welches das Endergebnis ist, das der Sachlage unter Berücksichtigung der Interessen des bisherigen mittelbaren Besitzers und des Neuerwerbers am besten gerecht wird, und wie dieses durch zweckgemäße Auslegung unseres Gesetzes zu erreichen ist.

Drei Möglichkeiten sind bei diesem Vorgehen denkbar und müssen in ihren Ergebnissen einzeln untersucht werden.

1. Besitzerlangung des Erwerbers und Besitzverlust des Eigentümers (Reichsgericht).

Stellt man sich entsprechend der subjektiven Theorie auf den Standpunkt, daß der Wille des Besitzmittlers das allein Entscheidende ist, und läßt sich tatsächlich in unserem Beispiel 1 gleichgelagerten Fällen feststellen, daß der Besitzmittler nur noch für den Neuerwerber besitzen will, so ergibt sich die Folgerung, daß der Eigentümer seinen mittelbaren Besitz verloren, der Erwerber ihn erlangt hat und damit Eigentümer geworden ist. Denn zunächst hatten wir oben (I und II) festgestellt, daß die Erlangung mittelbaren Besitzes in § 934 zum Eigentumserwerb genügt. Was nun die Voraussetzungen für den Erwerb des mittelbaren Besitzes anbelangt, so besteht auch zu dem Neuerwerber ein zugrundeliegendes Rechtsverhältnis im Sinne von § 868. Es bestand zwar auch zwischen dem Eigentümer E und dem Lagerhalter L ein Verwahrungsvertrag, also ein Verhältnis, das nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 868 ein Besitzmittlungsverhältnis begründete und dem L eine anderweitige Verfügung über die Sachen untersagte. Der Eigentümer war also hier mittelbarer Besitzer bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises durch den Erwerber V. Wenn daher der Lagerhalter L dem gutgläubigen Erwerber G, dem der Nichteigentümer V die Sachen übereignen wollte, erklärt, daß er von jetzt an die Sachen zur alleinigen Verfügung des G halten wolle, so stellt diese Zusicherung zwar einen Vertragsbruch gegenüber dem Eigentümer dar, denn sie bedeutet eine Verletzung des mit diesem geschlossenen Verwahrungsvertrages. Trotzdem kann für den Regelfall an der Gül-

[75]) RGZ 119/153, 135/75, 138/267.

tigkeit einer solchen Abmachung des L mit G nicht gezweifelt werden, da alle Erfordernisse zum Zustandekommen des Vertrages gegeben sind.

Auch bei diesen Abmachungen handelt es sich wieder um einen Verwahrungsvertrag, der zufolge der Vorschriften des § 868 grundsätzlich ebenfalls ein Besitzmittlungsverhältnis zur Entstehung bringt. Da nun, wie wir vorausgesetzt haben, der Besitzmittler nachweislich den Willen hat, für den Neuerwerber zu besitzen, und auch die sonstigen Voraussetzungen des § 934 gegeben sind, ist dieser nach der subjektiven Theorie Eigentümer geworden.

Daß uns dieses Ergebnis selbst bei eindeutiger Willensänderung des Besitzmittlers zugunsten des Neuerwerbers nicht befriedigt, ist bereits eingangs erörtert. Ganz unmöglich erscheint es besonders, wenn der Besitzmittler seinen Willen plötzlich wieder ändert, oder schwankt und überhaupt zu keinem festen Entschluß kommt. Soll in diesem Fall die Sache mehrfach ihren Eigentümer wechseln, oder soll diese Wirkung nur durch eine nach außen in die Erscheinung tretende Handlung erfolgen, die allerdings aus dem Gesetz nicht ohne weiteres gefolgert werden kann? Betrachten wir unter diesem Gesichtspunkt gerade einmal die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 135 S. 75, die unserem Fall 1 zugrunde liegt, da hier der Tatbestand besonders interessant ist: Wie sich aus der Anmerkung von Dölle[76]) ergibt, lag hier nämlich der Fall so, daß der unmittelbare Besitzer trotz Abschlusses des Vertrages mit dem Neuerwerber auch weiterhin den Willen hatte, für den alten Eigentümer den Besitz zu vermitteln. Diese Tatsache geht allerdings aus der Reichsgerichtsentscheidung selbst nicht klar hervor, muß aber nach der besonderen Hervorhebung in der Anmerkung von Dölle (a.a.O.) unterstellt werden.

Trotzdem hat das Reichsgericht entschieden, daß hier der mittelbare Besitz dem bisherigen mittelbaren Besitzer verloren geht, und daß der Neuerwerber Eigentümer der Waren geworden ist, da auch die übrigen Voraussetzungen des § 934 gegeben sind. Eine vernünftige Begründung hierfür läßt sich m.E. überhaupt nicht erbringen, und das Reichsgericht hat es auch unterlassen, eine tiefere Begründung für diese Entscheidung zu geben, die den Eigentümer und bisherigen mittelbaren Besitzer entrechtet. Denn es ist nicht einzusehen, warum der Alteigentümer zugunsten des neuen Gläubigers des mittelbaren Besitzes verlustig gehen soll. Ein Rechtsverhältnis gleicher Art besteht, wie wir oben sahen, sowohl zu dem alten wie zu dem neuen „mittelbaren Besitzer", und auch die willensmäßige Einstellung des unmittelbaren Besitzers ist in diesem Fall beiden gegenüber dieselbe. Für diesen Fall kann also mindestens soviel gesagt werden, daß sich der neue Gläubiger dem alten Eigentümer gegenüber keineswegs in einer besseren und schutzwürdigeren Lage befindet, da er vertragsmäßig und der subjektiven Einstellung des unmittelbaren Besitzers nach bestenfalls in demselben tatsächlichen Verhältnis zu der Sache steht. Da aber nach Ansicht des Reichsgerichts nur e i n mittelbarer Besitzer möglich ist, läßt es den gerade zuletzt betätigten Willen für die einschneidende Wirkung eines Eigentumswechsels ausschlaggebend sein, falls nicht L den Willen, auch für E zu besitzen, behält.

---

[76]) Anm. v. Dölle, i/JW 32/3763.

2. Besitzerlangung des Erwerbers und Besitzverbleib beim Eigentümer (Wolff).

Da dieses Ergebnis, zu dem das Reichsgericht kommt, in keiner Weise billig erscheint, versuchen einige Schriftsteller, diese Konsequenz dadurch zu vermeiden, daß sie eine Spaltung des mittelbaren Besitzes oder wenigstens doch eine Aufteilung seiner Funktionen unter mehrere verschiedene Personen anerkennen wollen.

Insbesondere von W. Müller wird das widersinnige Ergebnis eines „heimlichen Gutglaubenserwerbes" mit dieser Beweisführung nachdrücklichst bekämpft.[77]) Zwar bejaht er für den vorliegenden Fall ebenfalls den mittelbaren Besitzerwerb des neuen Gläubigers G und nimmt auch an, daß der alte mittelbare Besitz an sich zerstört werde. Damit aber trotzdem die Folgerung vermieden wird, daß der neue Gläubiger Eigentum erwirbt, will er annehmen, daß, obwohl der bisherige mittelbare Besitz nicht mehr fortbesteht, er doch noch eine Funktion ausübe; er äußere nämlich noch Rechtswirkungen, die einen Eigentumserwerb des neuen Gläubigers nach § 934 verhinderten.[78])

Ohne uns zunächst mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine solche Abtrennung einer Funktion des mittelbaren Besitzes mit diesem Institut in der Systematik unseres BGB vereinbar ist, untersuchen wir erst die grundlegende Frage, ob der alte mittelbare Besitzer und Eigentümer bei diesem Sachverhalt überhaupt seinen mittelbaren Besitz verloren hat. Denn wir haben oben gesehen, daß ein ersichtlicher Grund für eine bessere Rechtsstellung des Neuerwerbers gegenüber dem bisherigen mittelbaren Besitzer nicht festzustellen ist, sondern daß höchstens beide Personen in gleichwertigen Beziehungen zu der Sache stehen.

Im Gegensatz zu der Auffassung des Reichsgerichts, daß der Besitzstand des bisherigen mittelbaren Besitzers durch die Vereinbarung des Besitzmittlers mit dem Erwerber verloren gehe,[79]) wird von mehreren Schriftstellern der Standpunkt vertreten, daß in solchen Fällen, in denen sich der unmittelbare Besitzer auch einer dritten Person gegenüber verpflichtet, den Besitz für sie auszuüben, das bisherige Besitzmittlungsverhältnis dadurch allein noch nicht vernichtet werde.[80]) Solange nämlich der unmittelbare Besitzer seine Verpflichtung zum Besitz dem einen gegenüber nicht ausdrücklich verweigert, sei es durch Handlungen oder durch Erklärungen, gebe es zwar einen neuen mittelbaren Besitzer, der alte mittelbare Besitz werde aber dadurch nicht zerstört. Es trete vielmehr hier eine Besitzspaltung ein, und es liege eine Mehrheit mittelbarer Besitzposi-

---

[77]) Müller, W.: Heimlicher Gutglaubenserwerb, i/Arch.ziv.Prax. 137/87 ff.

[78]) Müller, W.: a.a.O. S. 88 u. 89.

[79]) Planck § 934, 4 b β derselben Ansicht.

[80]) Wolff § 8 II; Staudinger 10. Aufl. § 868 V 2b; Manigk i/Anm. zu RG i/JW 28/348; Dölle zu RG i/JW 32/1212 u. 3763, in der er entgegen der ersten Anmerkung die Ansicht vertritt, daß der unmittelbare Besitzer trotz Ausstellung eines Lagerscheins und der Erklärung gegenüber dem Dritten, daß er die Sache ausschließlich zu dessen alleiniger Verfügung halte, auch den mittelbaren Besitz des bisherigen mittelbaren Besitzers nicht zerstöre.

tionen vor, die aber, als auf selbständigen Rechtstiteln beruhend, nicht eine sog. Besitzstufung enthielten.[81]) Vielmehr ständen hier die beiden mittelbaren Besitzer auf zwei verschiedenen Besitzleitern, müßten aber wie gleichstufige mittelbare Mitbesitzer, die sich für mittelbare Alleinbesitzer hielten, behandelt werden.[82]) Der mittelbare Besitz des bisherigen mittelbaren Besitzers gehe vielmehr erst durch eine ausdrückliche Entsetzung oder dadurch verloren, daß der unmittelbare Besitzer die Sachen dem Neuerwerber übergibt.

Auf diesem Weg der Annahme einer Besitzspaltung könnte man zu dem von uns erstrebten Ergebnis kommen, daß der neue mittelbare Besitzer noch kein Eigentum erworben hat, da ein bloßer mittelbarer Nebenbesitz zum Eigentumserwerb nach § 934 noch nicht ausreichen kann.[83])

Es erscheint aber sehr fraglich, ob eine solche Spaltung des mittelbaren Besitzes nach der Systematik unseres Gesetzes und dem Begriff des Besitzes an sich überhaupt möglich ist. Dölle[84]) will dies aus der Fassung des § 868 heraus bejahen. Vor allem aus dem Wortlaut „als Nießbraucher" sei zu folgern, daß es, abgesehen von dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis, wesentlich auf den Willen des mittelbaren Besitzers ankomme. Da aber Fälle denkbar sind, — und hier sogar anscheinend tatsächlich ein solcher Fall vorliegt, — in denen der Besitzmittler den Willen hat, für zwei verschiedene Personen den Besitz auszuüben, ohne daß sich diese Verhältnisse gegenseitig ausschließen,[85]) müßte man für diese Fälle auch bei beiden mittelbaren Nebenbesitz annehmen.

Hiergegen wendet zunächst das Reichsgericht ein, daß das Gesetz immer nur von „dem" Besitzer spreche, mit bestimmtem Artikel, wodurch zum Ausdruck gebracht werde, daß es immer nur e i n e n Besitz an einer Sache geben könne. Besondere Ausnahmen von dieser Regel, wie z.B. der mittelbare und unmittelbare Besitz in § 868, seien im Gesetz immer ausdrücklich genannt.

Diese aus dem Wortlaut gefolgerte Argumentation kann allerdings die gegenteilige Meinung nicht entkräften. Denn selbst wenn der Gesetzgeber immer nur an e i n e n Besitz gedacht hätte, so wären wir hieran nicht gebunden, wenn die Annahme eines gleichstufigen Nebenbesitzes sich im übrigen mit dem Begriff des Besitzes vereinbaren ließe, da eine ausdrückliche gegenteilige Bestimmung im Gesetz nicht getroffen ist.

---

[81]) Manigk, a.a.O.

[82]) Wolff, § 8 Anm. 26 a. S. aber auch § 15 II 2.

[83]) So anscheinend das Gutachten von M. Wolff, zu RGZ 135/75, s. dort; Dölle JW 32/1212 will aber diese Konsequenz nicht anerkennen, sondern einen Eigentumserwerb nach Analogie des § 934 annehmen. Er kommt mithin zu dem unmöglichen Ergebnis, daß der bisherige mittelbare Besitzer auch weiterhin im mittelbaren Besitz der Sache bleibt, ihm also z. B. auch weiterhin die Eigentumsvermutung nach § 1006 zusteht, er aber gleichzeitig sein Eigentum an der Sache verloren hat.

[84]) Dölle, JW 32/1212.

[85]) So z.B. für den ersten als Pfandgläubiger und für den zweiten als Eigentümer, Wolff § 8 II.

Wir müssen vielmehr für die Begründung unserer Ansicht tiefer gehen und sie aus dem Sinn und Zweck des Begriffs des mittelbaren Besitzes zu finden suchen.

Es würde zunächst zu einer heillosen Verwirrung führen, wenn es in das Belieben des unmittelbaren Besitzers gestellt wäre, einer Mehrzahl von Personen für dieselbe Sache den Besitz zu vermitteln, so daß diesen allen die Eigentumsvermutung des § 1006 und die Vorschriften über die Ersitzung zugute kämen. Aber auch mit der Vorstellung des mittelbaren Besitzes als „Nochbesitz" ist es nicht vereinbar, daß diese sowieso schon stark eingeschränkte tatsächliche Gewalt nun noch zwischen zwei oder mehr Personen geteilt werden soll, von denen jeder den alleinigen Besitz beansprucht. Denn der Gesetzgeber hat den mittelbaren Besitz durch die besondere Vorschrift des § 868 anerkannt, weil die dort aufgezählten obligatorischen Rechtsverhältnisse erfahrungsgemäß auch eine schwache tatsächliche Beziehung zwischen Gläubiger und Sache vermitteln, im Gegensatz zu anderen Schuldverhältnissen die nach unserem Rechtsempfinden derartige Wirkungen nicht äußern. Wenn sich diese Rechtsstellung noch auf zwei Personen verteilen soll, so bleibt von einer tatsächlichen Herrschaftsmöglichkeit einer dieser beiden Personen nicht mehr viel übrig, und der mittelbare Besitz verliert völlig den Charakter eines unseren Lebensanschauungen entsprechenden Gewaltverhältnisses. Schon vom praktischen Standpunkt aus kann nur e i n „Oberbesitzer" anerkannt werden, von dem der unmittelbare Besitzer sein Recht und seine Pflicht zum Besitz ableitet, und dessen Anweisungen er Folge zu leisten hat. Andernfalls können wir von einem Oberbesitzer und einem Gewaltverhältnis überhaupt nicht mehr sprechen, und der Begriff des mittelbaren Besitzes wird in der Tat zu einer völligen Rechtsfiktion. Die weitere Folge hiervon wäre, daß der mittelbare Besitz verschiedene rechtliche Qualifikationen hätte, da praktisch doch nur einer der mittelbaren Besitzer in der Lage ist, die tatsächliche Herrschaft auszunutzen und die Vorteile des mittelbaren Besitzes zu genießen. So soll z.B. im vorliegenden Fall, wie wir gesehen haben, nach der Ansicht von Wolff (a.a.O.) der mittelbare Besitz des Zweiterwerbers G nicht die Wirkung haben, den Eigentumserwerb nach § 934 zu ermöglichen. Soll diesem Erwerber dann aber die Eigentumsvermutung nach § 1006 zustehen?

Wir müssen daher nach diesen Erwägungen zu dem Ergebnis kommen, daß ein mittelbarer Nebenbesitz mit der Systematik des BGB und unseren Rechtsanschauungen nicht vereinbar ist und zu großer Rechtsunsicherheit führen würde.

3. Keine Besitzerlangung des Erwerbers wegen Besitzverbleibs beim Eigentümer (Eigene Ansicht).

Wenn wir also einerseits eine Spaltung des Besitzes nicht anerkennen können, so haben wir aber ferner oben gesehen, daß für die Annahme des Verlustes des mittelbaren Besitzes des bisherigen mittelbaren Besitzers gar kein Anlaß besteht. Denn seine Beziehungen zur Sache sind, jedenfalls soweit der unmittelbare Besitzer für beide besitzen will, nicht schlechter als die des neuen Gläubigers, und ebenso kann bei einer schwankenden Willenshaltung des Besitzmittlers das Eigentum nicht von der gerade vorherrschenden

Willensrichtung abhängig gemacht werden. Keinesfalls kann aber bei dieser Sachlage das Eigentum dem alten mittelbaren Besitzer verloren gegangen sein. Wenn man die Interessenlagen des alten Eigentümers und des neuen Gläubigers nebeneinander betrachtet, so entspricht das Ergebnis durchaus unserem Rechtsempfinden. Auch die Ansicht von Wolff und seinen Anhängern, daß der mittelbare Besitz des bisherigen mittelbaren Besitzers stärker sei als der des neuen, da er den Eigentumserwerb durch diesen hindere und das Eigentum des alten erhalte, und die Ansicht von Müller, daß der Besitz des bisherigen mittelbaren Besitzers noch einen Rückstand habe, der den Eigentumserwerb des neuen hindere, zeigen deutlich, daß beide gefühlsmäßig das richtige Empfinden haben, nämlich daß noch gewisse tatsächliche Beziehungen des alten mittelbaren Besitzers zu der Sache bestehen, die diese Wirkungen hervorrufen. Diese tatsächlichen Beziehungen zwischen dem unmittelbaren Besitzer und dem alten mittelbaren Besitzer können nur aber als Ausstrahlungen des zwischen beiden bestehenden Schuldverhältnisses ihre Erklärung finden. Nur wenn dieses Schuldverhältnis in Wahrheit nicht oder nicht mehr bestand, dagegen mit dem neuen Gläubiger ein solches zustande kam, wird man annehmen dürfen, daß der neue Gläubiger auch alleiniger mittelbarer Besitzer geworden ist.

Wenn aber ein gültiger Vertrag zwischen dem bisherigen mittelbaren Besitzer und dem unmittelbaren Besitzer besteht, dann sollen nach Meinung der oben zitierten Schriftsteller die Beziehungen zwischen diesen beiden den Eigentumserwerb eines Dritten verhindern, obwohl dieser sich in dem von ihnen so genannten „mittelbaren Besitz" der Sache befindet. Hieraus ergibt sich, daß der Eigentümer sich auch nach Meinung dieser Schriftsteller noch in einem gewissen Gewaltverhältnis zur Sache befindet. Gerade derartige tatsächliche Beziehungen zwischen Person und Sache sind es aber m.E., welche das BGB in § 868 als wirkliche Besitzverhältnisse anerkannt und mit besonderen Rechtsvorteilen ausgestattet hat. Warum soll man hier annehmen, daß dieses Besitzmittlungsverhältnis zerstört sei, wenn es noch derartige Wirkungen ausüben kann, die stärker sind, als der sog. mittelbare Besitz des neuen Gläubigers?

Gerade aus diesen Wirkungen, die man m.E. mit Rücksicht auf das Ergebnis unbedingt anerkennen muß, wie es auch die obengenannten Schriftsteller tun, ergibt sich, daß der mittelbare Besitz des bisherigen mittelbaren Besitzers nach wie vor weiter besteht, und daß der neue Gläubiger keinen mittelbaren Besitz erworben hat. Schon die Tatsache, daß in § 934 ausnahmsweise an den Erwerb des mittelbaren Besitzes Folgen geknüpft werden, die sonst nur beim unmittelbaren Besitz eintreten, muß dazu führen, an den Erwerb des mittelbaren Besitzes in diesem speziellen Fall, in dem der Eigentümer noch mittelbarer Besitzer der Sache ist, entsprechend hohe Anforderungen zu stellen und diese Ausnahmevorschrift eng auszulegen. Die folgenden Überlegungen sollen diese gewonnene Erkenntnis noch verstärken.

Auf Grund des Vertrages zwischen dem Lagerhalter L und dem Eigentümer E hatte L diesem gegenüber die Pflicht, alles zu unterlassen, was dessen Eigentum und mittelbaren Besitz schädigen konnte. Dies war an sich nur eine obligatorische Verpflichtung, aber gerade hier hat das Gesetz entgegen seiner Gewohnheit den Grundsatz der Abstraktheit der Schuldverhältnisse aufgegeben, zugunsten

einer unseren Lebensanschauungen besser entsprechenden Auffassung, die es ermöglicht, auch schon bei obligatorischen Verträgen u.U. gewisse über die Personen der Beteiligten hinausgehende Beziehungen zwischen Person und Sache anzuerkennen und rechtlich zu schützen. In Auswirkung dieser Haltung hat der Gesetzgeber dem mittelbaren Besitzer, demgegenüber der unmittelbare Besitzer zum Besitz berechtigt und verpflichtet ist, auf Grund dieser besonderen obligatorischen Verhältnisse und der damit erfahrungs- und gefühlsmäßig verbundenen tatsächlichen Beziehungen zur Sache, eine stärkere Stellung eingeräumt, als sonst einem gewöhnlichen Gläubiger in einem Schuldverhältnis. Er hat dem Gläubiger hier einige Vorteile gewährt, wie z.B. den Besitzschutz des § 869, die Eigentumsvermutung in § 1006 und die Ersitzungslage. Es handelt sich hierbei um durchaus gesunde Bestimmungen des Gesetzes, die den Gläubigern dieser besonderen Schuldverhältnisse auch eine besondere rechtliche Stellung einräumen.

Denn die Stellung des bisherigen mittelbaren Besitzers, von dem der unmittelbare Besitzer erst sein Recht und seine Möglichkeit zur Besitzausübung ableitet, gibt dem alten Eigentümer m.E. ganz mit Recht einen Vorzug in seiner Beziehung zur Sache gegenüber jedem neuen Erwerber, der ein ähnliches obligatorisches Verhältnis mit dem unmittelbaren Besitzer eingeht. Dieser Vorzug des alten Oberbesitzers muß dann ganz bestimmt ausschlaggebend sein, wenn die subjektive Auffassung des Besitzmittlers wie im Fall RGZ 135/75[86]) beiden Gläubigern gegenüber dieselbe ist.

Aber auch in anderen Fällen (den übrigen angeführten Reichsgerichtsentscheidungen), in denen die Willensrichtung des unmittelbaren Besitzers nicht eindeutig erkennbar ist, oder sogar auf Alleindetention für den Neuerwerber gerichtet ist, kann nach gesundem Rechtsempfinden die Tatsache einer solchen Willensänderung allein noch nicht zum Eigentumsverlust des bisherigen Eigentümers führen. Es bedeutet schlimmste Begriffsjurisprudenz, wenn man es zuläßt, daß der unmittelbare Besitzer entgegen seiner Verpflichtung durch bloße Willensänderung in der Lage sein soll, den mittelbaren Besitz zu zerstören und damit dem mittelbaren Besitzer den ihm gewährten Rechtsschutz zu entziehen.

Gerade weil sich der mittelbare Besitz entsprechend unserer Verkehrsanschauung erfahrungs- und gefühlsmäßig als eine durch das zugrundeliegende Rechtsverhältnis bedingte Beziehung zur Sache darstellt, kann er nicht durch eine bloße Willensänderung des Besitzmittlers zerstört werden. Denn der alte mittelbare Besitzer ist der eigentliche Oberbesitzer, der dem unmittelbaren Besitzer erst den Besitz ermöglichte, und dessen Weisungen dieser daher Folge zu leisten hat. Diese Herrschaft ist allerdings inhaltlich beschränkt, aber gerade deshalb auch elastischer und widerstandsfähiger und gibt manchem Angriff nach, der den unmittelbaren Besitz zerstören würde.[87])

Schon der unmittelbare Besitz hat nämlich nach dem Gesetz eine gewisse Elastizität. Denn nach § 856 II wird durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt der unmittelbare Besitz nicht beendigt. Schon hier also, wo der Be-

[86]) Vgl. dazu die Anm. von Dölle i/JW 32/3763.
[87]) Leonhardt, S. 73 ff.

griff des Besitzes untrennbar an die tatsächliche Gewalt geknüpft ist (§ 854), und sonstige Beziehungen des Besitzers zur Sache nicht zu bestehen brauchen, schadet eine zeitweilige Unterbrechung der Herrschaftsmöglichkeit nichts. Wieviel eher muß dann ein sowieso schon von der tatsächlichen Gewalt stark losgelöster und vergeistigter Besitz fortdauern, während einer nur vorübergehenden, lediglich durch eine Willensänderung des Besitzmittlers hervorgerufenen Schwächung des Verhältnisses des Besitzers zur Sache, wo sogar — im Gegensatz zum unmittelbaren Besitz — nach wie vor rechtliche Beziehungen zur Sache durch das zugrunde liegende Rechtsverhältnis bestehen bleiben!

Ebenso müssen dann auf der anderen Seite — auch entsprechend dem unmittelbaren Besitz — an den Neuerwerb des mittelbaren Besitzes größere Anforderungen gestellt werden als an das Fortbestehen, vor allem auch dann, wenn mit dem Erwerb durch den einen der Verlust des anderen mittelbaren Besitzers verbunden ist. Von der bloßen Willensänderung des unmittelbaren Besitzers darf man m.E. hier den Besitzverlust noch nicht abhängig machen, selbst wenn diese durch die Eingehung eines neuen Besitzkonstituts geäußert wird. Der Zweck, den das Gesetz mit der Einrichtung des mittelbaren Besitzes verfolgt, würde durch eine derartige Auslegung in keiner Weise erreicht.

So ist es insbesondere nicht einzusehen, warum der Besitzmittler den Besitzschutz des mittelbaren Besitzers gegen Dritte durch eine bloße Willensänderung sollte aufheben können, oder warum eine etwaige Ersitzung hierdurch unterbrochen werden sollte. Würde man das Bestehen eines Besitzmittlungsverhältnisses so sehr von dem Willen des unmittelbaren Besitzers abhängig machen, so würde dies eine schlechte Gewähr bieten für das zu schützende Herrschaftsverhältnis des mittelbaren Besitzers, ganz abgesehen davon, daß ein ausgesprochener und bestimmter Wille des unmittelbaren Besitzers oft überhaupt nicht vorhanden sein wird oder zum mindesten nicht nachweisbar ist.

Da es sich bei der Willensänderung des unmittelbaren Besitzers nicht um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, und der Wille des Besitzmittlers nur die tatsächlichen Beziehungen des mittelbaren Besitzers zur Sache verstärken soll, dürfte es vom Standpunkt der subjektiven Theorie aus konsequenterweise nur auf den inneren Willen des Besitzmittlers ankommen, und es dürfte nicht eine Willensbetätigung gefordert werden. Denn die Herrschaftsmöglichkeit bzw. -unmöglichkeit des mittelbaren Besitzers ist in solchem Fall dieselbe, gleich, ob der mittelbare Besitzer ihm seine Willensänderung mitgeteilt hat oder nicht.

Wenn man z.B.[88]) auch bei nur vermeintlichem Bestehen eines Rechtsverhältnisses der in § 868 genannten Art einen mittelbaren Besitz annimmt, sofern der unmittelbare Besitzer auf Grund des vermeintlich bestehenden Verhältnisses für den mittelbaren besitzen will, — was allerdings das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen abgelehnt hat,[89]) — so müßte in diesem Fall der mittelbare Be-

[88]) So Planck § 868, 2 b, § 934, 2; Komm. RGR § 868, 2; Przibilla S. 26.

[89]) RG i/JW 26/800, mit Anmerkung von Walsmann; RGZ 89/349, 105/414; Biermann § 934, 1c; vgl. hierzu auch Mengelkoch, a.a.O.

sitz in dem Augenblick beendet sein, in dem der unmittelbare Besitzer unter Erkennung des wahren Sachverhalts den Entschluß faßt, Eigenbesitzer zu werden; nicht aber erst dann, wenn dieser Entschluß dem mittelbaren Besitzer bekannt wird.

Für diesen Fall wird dies auch von den Anhängern der subjektiven Theorie anerkannt. Es läßt sich aber m.E. von der subjektiven Auffassung ausgehend, nicht rechtfertigen, von dieser Konsequenz in den Fällen abzugehen, in denen ein Rechtsverhältnis besteht. Oder soll dann hier eine Willensbetätigung nur aus dem Grunde verlangt werden, um dadurch den meist sehr schwierig zu erbringenden Nachweis über eine geheime Willensänderung des unmittelbaren Besitzers zu vermeiden? Zum Teil mag diese verschiedene Behandlung auch daran liegen, daß die Anhänger der subjektiven Theorie rein gefühlsmäßig erkennen, daß im Fall des Bestehens eines der in § 868 aufgezählten Rechtsverhältnisse auch die Bindung des unmittelbaren Besitzers viel stärker ist und daher an ihre Lösung stärkere Anforderungen gestellt werden müssen.

Wenn man aber zu dieser Erkenntnis kommt, daß — solange ein wirkliches Rechtsverhältnis besteht — die Bindung des unmittelbaren Besitzers an den mittelbaren stärker ist, so darf man sich nicht damit begnügen, daß man statt der geheimen eine betätigte Willensänderung verlangt, denn das ändert an der tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit so gut wie gar nichts.

Gerade Fälle wie der vorliegende werden ja erst dadurch ermöglicht, daß der unmittelbare Besitzer keinen sehr gefestigten Willen und Charakter bekundet, indem er bereit ist, entgegen seinen Verpflichtungen für einen neuen Gläubiger den Besitz auszuüben. Es kann nicht anerkannt werden, daß eine derartige schwankende Willenshaltung für sich allein schon geeignet ist, solche Wirkungen hervorzurufen, wie die Zerstörung des bisherigen und die Begründung eines neuen mittelbaren Besitzes und in Verbindung damit den Eigentumserwerb des neuen mittelbaren Besitzers. Ganz abgesehen davon, daß im einzelnen Fall gar nicht immer genau festgestellt werden kann, für wen der unmittelbare Besitzer innerlich wirklich besitzen wollte, wird sich der unmittelbare Besitzer im allgemeinen möglichst lange der Entdeckung seiner Handlungsweise entziehen wollen. Die Folge davon ist, daß er demjenigen, der zuerst ernstlich die Herausgabe der Sache verlangt, auch die Sache aushändigen wird. Denn dadurch kann er die Aufdeckung seiner unlauteren Handlungsweise — und zwar seines Betruges gegenüber dem Erwerber, bzw. seiner Unterschlagung gegenüber dem Eigentümer — bis zu dem Zeitpunkt hinauszögern, an welchem auch der andere die Herausgabe der Sache verlangt. Wenn also der bisherige mittelbare Besitzer zuerst mit diesem Verlangen an den Besitzmittler heranträte, und notfalls sogar mit Anzeige drohte, so wird der unmittelbare Besitzer in den meisten Fällen bereit sein, diesem die Sache auszuhändigen.

In dem Augenblick also, in dem die noch bestehende tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit, die im Gesetz im Institut des mittelbaren Besitzes ihren Niederschlag gefunden hat, zum ersten Mal entscheidend in Anspruch genommen wird, führt sie auch zu dem gewünschten Erfolg. Warum soll man dann annehmen, daß trotzdem der mittelbare Besitz des bisherigen mittelbaren Besitzers schon zerstört ist? — Wenn lediglich der Wille des Besitzmittlers ent-

scheiden sollte, so würde der mittelbare Besitzer schwer geschädigt werden. Eine Möglichkeit, den mittelbaren Besitz und die mit ihm verbundenen Vorteile im Klagewege geltend zu machen, besteht kaum. Auf Feststellung kann er nicht mehr klagen, da der mittelbare Besitz dann nach der Willensänderung des Besitzmittlers nicht mehr besteht. Auf Herstellung kann er aber auch nicht klagen, da das Besitzverhältnis — nach dieser Ansicht — vom Willen abhängig ist, sonst könnte jedenfalls der Besitzmittler sofort wieder durch erneute Willensänderung den mittelbaren Besitz zerstören. Ebenso könnte eine Ersitzung dadurch verhindert werden, daß der Mittler nur einmal die Herausgabe verweigert.[90])

Nach allen diesen Erwägungen läßt sich jedenfalls das eine mit Sicherheit sagen, daß die bloße Willensänderung des unmittelbaren Besitzers, wie sie in dem Besitzkonstitut mit dem neuen Gläubiger zum Ausdruck kommt, ein sehr labiles und unzureichendes Moment ist, und daß es außerordentlich unbefriedigend erscheint, ihm eine derartige Bedeutung zuzumessen. Schon aus diesem Grund kann die Vereinbarung eines Besitzkonstituts für sich allein m.E. noch nicht genügen, um solche Wirkungen hervorzurufen, wie sie die Zerstörung des mittelbaren Besitzes des bisherigen Oberbesitzers und die Begründung eines neuen Oberbesitzes darstellen würden; gerade auch unter dem Gesichtspunkt, daß an den Erwerb des Besitzes größere Anforderungen zu stellen sind, als an seine Fortdauer.

Besonders wenn wir uns vor Augen halten, daß in § 934 im Gegensatz zu dem sonst erforderlichen unmittelbaren Besitz ausnahmsweise schon der mittelbare Besitz genügt, um Eigentum zu zerstören und neu zu begründen, so können wir hieraus entnehmen, daß die Anforderungen, die an den Verlust und Neuerwerb des mittelbaren Besitzes gestellt werden müssen, nicht zu gering sein dürfen. „Denn das Gesetz mißt der Übertragung des mittelbaren Besitzes hier dieselbe Funktion als Vertrauenstatbestand bei, wie der des unmittelbaren".[91])

Andernfalls würde der alte Eigentümer, dessen Eigentum in diesem Fall schon durch das Fehlen des Publizitätsmittels der Übergabe großen Gefahren ausgesetzt ist, in nicht zu billigender Weise benachteiligt werden, auf Kosten eines Neuerwerbers, der diesen Schutz garnicht verdient, da seine tatsächlichen Beziehungen zur Sache noch in keiner Weise einen Eigentumserwerb rechtfertigen.

Müller[92]) führt, wie wir schon oben sahen, aus, daß durch die Vereinbarung eines Besitzkonstituts zwischen dem unmittelbaren Besitzer und einem Dritten dieser unter Zerstörung des bisherigen mittelbaren Besitzes stets mittelbarer Besitzer werde; denn ein mittelbarer Besitz müsse möglichst aus der tatsächlichen Lage abzulesen sein. Diese Forderung hört sich zwar ganz berechtigt an, aber abgesehen davon, daß durch die Willenserklärung des unmittelbaren Besitzers gegenüber dem Dritten keineswegs eine tatsächliche Lage geschaffen wird, aus der sich der mittelbare Besitz ablesen läßt, nützt doch ein mittelbarer Besitz, der „aus der tatsächlichen Lage abzulesen ist", gar nichts, wenn man daneben — wie Müller

---

[90]) Leonhardt S. 73.
[91]) Cosack § 38, 2.
[92]) Müller, a.a.O. S. 87.

es tut[93]) — andere tatsächliche Beziehungen anerkennt, die stärker sind als dieser „mittelbare Besitz", indem sie den Eigentumserwerb nach § 934 hindern, die aber — nach Müller — nicht „aus der tatsächlichen Lage abgelesen werden können". Und weiter: wenn man die tatsächlichen Beziehungen des „ehemaligen" mittelbaren Besitzers zur Sache für stärker ansieht, als die des „neuen mittelbaren Besitzers", soweit es den Eigentumserwerb anbelangt, so ist gar nicht einzusehen, warum dies nicht mit demselben Recht geschehen soll, soweit es den Besitzschutz, die Ersitzung oder gar die Eigentumsvermutung betrifft. Wenn man auf diese Weise den alten Eigentümer vor dem Eigentumsverlust schützt, so müßte man ihm doch erst recht die Eigentumsvermutung des § 1006 zubilligen. Was bleibt aber dann noch übrig für den „mittelbaren Besitz" des neuen Gläubigers, der sich „aus der tatsächlichen Lage ablesen läßt"?

Als Ergebnis der Untersuchungen kommen wir also auch hier zu der Feststellung, daß durch die Vereinbarung eines Besitzkonstituts mit einem Dritten dieser noch in keine solche tatsächliche Beziehung zu der Sache gelangt, der das BGB durch das Institut des mittelbaren Besitzes besondere Anerkennung verleiht, da der Besitzstand des bisherigen Oberbesitzers durch das Besitzkonstitut noch nicht zerstört wird.

Aber auch unter anderen und m.E. entscheidenden Gesichtspunkten erscheint unser Ergebnis durchaus gerechtfertigt:

Es wäre gar nicht einzusehen, weshalb die Beziehungen des mittelbaren Besitzers zur Sache und die damit verbundene Rechtsstellung von der Bereitwilligkeit des Besitzmittlers abhängen soll, also von seiner Anständigkeit oder Willkür. Mit viel größerem Recht und besseren Gründen ist vielmehr auf seine objektive Pflicht abzustellen. „Der mittelbare Besitzer hat dann eine durchaus gesicherte Besitzstellung, ohne daß berechtigte Interessen anderer Personen darunter litten".[94])

Eine schwankende Willenshaltung und eine Pflichtverletzung des Besitzmittlers darf nicht von unserer Rechtsordnung so weitgehend zum Nachteil des bisherigen mittelbaren Besitzers ausgestaltet werden, ohne daß für den Neuerwerber besondere Schutzinteressen gegeben wären. Die Anhänger der subjektiven Theorie klammern sich hier an den Begriff „Besitz", ohne den Zweck dieses Instituts und das Ergebnis genügend zu berücksichtigen.

Gerade hier, wo Lücken im Gesetz auftauchen und durch Auslegung ausgefüllt werden müssen, muß mit dem liberalen Rechtsdenken, das in erster Linie individuellen Interessen Rechnung trug, gebrochen werden, und es können schon im geltenden Recht Grundsätze angewandt werden, wie sie unserer heutigen Rechtsauffassung entsprechen und wie sie in Zukunft auch Gesetz werden sollen.

Es entspricht in keiner Weise nationalsozialistischem Rechtsdenken, wenn ein Schuldner ohne Rücksicht auf seine Verpflichtungen dem Gläubiger gegenüber mit dessen Gut nach eigenem Willen schaltet und waltet. Er verstößt damit gegen die selbstverständliche Rücksicht, die von allen Teilnehmern an dem Rechtsverkehr innerhalb einer Volksgemeinschaft gegenüber der Gesamtheit und dem einzelnen erwartet werden muß, und sein Handeln darf von der

[93]) Müller, a.a.O. S. 89 ff.
[94]) Müller, i/Gruch. 54/249.

Rechtsordnung auf keinen Fall geschützt werden. Pflicht geht vor Wille.

„Die konkreteste und zugleich umfassendste Rücksicht, die Wissenschaft und Rechtsprechung gewissermaßen als Generalnenner für die Wandlung in unserem bürgerlichen Recht herausgearbeitet haben, ist die auf politischer Verantwortung gegenüber der Gesamtheit und gegenüber dem einzelnen Volksgenossen gegründete, als vom Gemeinschaftsgedanken getragene Pflicht".[95])

Gerade auch das Sachenrecht braucht nicht abstrakt und unabhängig von den obligatorischen Verpflichtungen betrachtet zu werden, sondern nur in engstem Zusammenhang mit dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft und den daraus entspringenden Verpflichtungen. „Der Pflichtgedanke gilt auch im Sachenrecht und verbindet das Recht des Habens mit dem Recht des Sollens".[96])

Wenn wir unter Berücksichtigung dieser leitenden Gesichtspunkte die oben gewonenen Erkenntnisse in die Praxis, insbesondere auf die als Ausgangspunkt der Untersuchungen angenommenen Fälle, übertragen, so bedeutet das für unser erstes Beispiel, daß der neue Gläubiger G keinen mittelbaren Besitz und also auch kein Eigentum erworben hat, sondern daß der Alteigentümer E nach wie vor Eigentümer der Sachen geblieben ist.

Aber auch im Falle 2 kommen wir zu einem ähnlichen Ergebnis. Hier hat ebenfalls das Besitzkonstitut des unmittelbaren Besitzers V mit dem neuen Gläubiger G_1 noch nicht den mittelbaren Besitz des Eigentümers E zerstören können, und daher konnte auch G_1 dem G_2 keinen mittelbaren Besitz verschaffen.

Dies Ergebnis läßt sich aber nicht mit der konstruktiven Begründung rechtfertigen, daß in diesem Fall der gutgläubige Erwerber G_1 vom Nichteigentümer V durch Besitzkonstitut nach § 933 kein Eigentum erwerben kann, und deshalb auch wegen § 139 BGB keinen mittelbaren Besitz erhalte, den er dann weiterübertragen könne.[97]) Denn § 139 behandelt nur die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, und eine Anwendung dieser Vorschrift auf das Institut des mittelbaren Besitzes, wie wir es eben entwickelt haben, erscheint zum mindesten zweifelhaft. Außerdem kann u.U. sehr wohl angenommen werden, daß der unmittelbare Besitzer bei Kenntnis der Unwirksamkeit der „Eigentumsübertragung", dem Gläubiger wenigstens den mittelbaren Besitz verschaffen wollte.[98])

Die Gründe, warum hier der neue Gläubiger — solange der bisherige Oberbesitzer im Besitz der Sache ist — durch das Besitzkonstitut allein noch keinen mittelbaren Besitz erlangen konnte, sind vielmehr im zweiten Fall genau dieselben, die wir bei den oben angestellten Untersuchungen für den mittelbaren Besitzerwerb im Falle des § 934 Halbs. 2 festgestellt haben.

Im Falle 2 hatte also G_1 keinen mittelbaren Besitz erlangt und konnte daher seinerseits auch dem G_2 weder nach § 934 H. 1 noch nach § 934 H. 2 Eigentum verschaffen, da auch G_2 keinen mittelbaren Besitz, weder von G_1 noch von V, direkt, erlangt hat.

---

[95]) Siebert, Deutsches Recht 1935, S. 56.
[96]) Siebert, a.a.O. S. 56.
[97]) So Wolff § 69 Anm. 17.
[98]) Vgl. W. Müller, Arch.ziv.Prax. 137/87.

Auch in diesem Fall ist E demnach Eigentümer der Sache geblieben.

c) Grenzen der gefundenen Lösung

Es bleibt nun noch zu prüfen, ob unsere Lösung, durch die — wie wir gesehen haben — sich meistens unbillige Ergebnisse vermeiden lassen werden, auch in einem besonders liegenden Fall zu einem besseren Resultat führen kann, den schon Wellspacher in einem Beispiel gegen die Regelung in unserem Gesetz anführt.[99])

Genau wie in unserem Fall 2 verkauft der Eigentümer E seine Sache an V unter Vorbehalt des Eigentums bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises und übergibt ihm die Sache. Entgegen seinen Vertragsverpflichtungen verleiht V die Sache weiter an L und übergibt sie ihm. Daraufhin übereignet V die Sache dem gutgläubigen G durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen L gemäß § 934 H. 1, da er sich in mittelbarem Besitz der Sache befindet. G wird hier nach § 934 Eigentümer, und E geht seines Eigentums verlustig.

Als entscheidender Punkt ist entsprechend unseren obigen Untersuchungen auch hier zu prüfen, ob G den mittelbaren Besitz der Sache erlangt hat, da dann nach dem unzweideutigen Wortlaut des § 934 an dem Eigentumserwerb des G nicht zu zweifeln ist.

Für die Entscheidung, daß G den mittelbaren Besitz der Sache nicht erworben habe, könnte man auch hier zunächst geltend machen, daß V verpflichtet war, den Besitz für den Eigentümer E auszuüben. Aber wir haben oben entgegen der extrem-objektiven Theorie, die den mittelbaren Besitz lediglich als eine Rechtsfiktion ansieht, festgestellt, daß der mittelbare Besitz nicht nur von der kausalrechtlichen Beziehung abhängig ist, sondern daß für ihn auch alle sonstigen Umstände zu berücksichtigen sind, also außer dem Rechtsverhältnis die Lebens- und Verkehrsauffassung und insbesondere die jeweiligen Raumverhältnisse.

Es erhebt sich daher in diesem besonderen Fall die Frage, ob hier die tatsächlichen Beziehungen, die noch zwischen dem Eigentümer und der Sache bestehen, derartige sind, daß man ihnen gegenüber denen des Erwerbers den Vorzug geben muß. Das muß m.E. in diesem Fall — anders als in den obigen Beispielen — verneint werden.

Entscheidend für dieses Ergebnis ist der Umstand, daß sich die Sache in diesem Fall nicht mehr beim Besitzmittler des Alteigentümers befindet, sondern daß V den unmittelbaren Besitz an L weitergegeben hat. Die tatsächlichen Beziehungen des E zur Sache sind schon durch diese Veränderung ihrer räumlichen Lage stark gelokkert. Damit fällt hier auch ein bei den obigen Fällen angeführtes Hauptargument gegen die Entscheidung des Reichsgerichts fort, nämlich daß der Alteigentümer sein Eigentum verlieren würde, ohne dies aus einer Veränderung der tatsächlichen Lage der Sache ersehen zu können, und daß somit der Dritte einen „heimlichen Gutglaubenserwerb" erlangt habe. Denn mit demselben Recht, mit dem der Gesetzgeber in § 933 bestimmt hat, daß durch die Übergabe, also durch den Verlust des unmittelbaren Besitzes des Besitzmittlers,

[99]) Wellspacher, S. 13; s. auch Planck § 934 Anm. 3; Müller, Arch. ziv.Prax. 137/90.

der Alteigentümer sein Eigentum verlieren soll, kann man auch hier von ihm verlangen, daß er aufpassen soll, wenn die Sache ihren Standort verändert. Dieses Verlangen kann natürlich praktisch nicht immer aufrecht erhalten werden, aber die Unbilligkeit, daß der Eigentümer hier seines mittelbaren Besitzes und damit seines Eigentums verlustig geht, ist — ebenso wie in § 933 nach der Übergabe — nicht so groß wie in den Fällen, wo sein Besitzmittler noch im unmittelbaren Besitz der Sachen bleibt.

Zunächst bleibt auch hier der Eigentümer noch mittelbarer Besitzer, wenn der Besitzmittler V die Sache weiter verleiht. Aber er wird mittelbarer Besitzer zweiter Stufe (§ 871), und der Besitz wird ihm nun über zwei Besitzmittler V und L vermittelt.

Wenn aber bei dieser Sachlage der Besitzmittler und erststufige mittelbare Besitze V durch Abtretung seines Herausgabeanspruchs gegen L dem gutgläubigen G mittelbaren Besitz verschaffen will (gemäß § 870), so verliert durch diese Handlung der alte Eigentümer E seinen mittelbaren Besitz und damit sein Eigentum. Seine tatsächlichen Beziehungen zur Sache, die hier schon durch die Standortveränderung der Sache stark zusammengeschmolzen waren, können nun nicht mehr als derartig angesehen werden, daß sie die Annahme eines Weiterbestehens des Besitzmittlungsverhältnisses rechtfertigen.

Dies wird auch besonders deutlich, wenn man die räumliche Lage der Sache mit derjenigen in den obigen beiden Fällen vergleicht. Man sieht dann, daß hier im Gegensatz zu den obigen Beispielen ein direktes Verhältnis des Alteigentümers zur Sache überhaupt nicht mehr besteht, sondern daß er nur auf dem Umweg über den mittelbaren Besitzer erster Stufe eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache hat. Wenn bei dieser Sachlage V die Sache durch Übertragung seines tatsächlich vorhandenen mittelbaren Besitzes an einen Dritten abtritt, so wird hierdurch sogar die elastische Grenze, die wir oben - vor allem mit Rücksicht auf die zugrundeliegenden Verpflichtungen — für den mittelbaren Besitz anerkannt hatten, überschritten, und E geht seines mittelbaren Besitzes verlustig.

Denn da der Eigentümer in diesem Fall keine direkten Beziehungen mehr zum unmittelbaren Besitzer hatte, sondern ihn nur auf dem Umweg über V noch gewisse tatsächliche Beziehungen mit der Sache verbanden, werden in dem Augenblick, in dem V durch die Abtretung seiner Ansprüche an G dieses Band zerschneidet, auch die Beziehungen des mittelbaren Besitzers zweiter Stufe zur Sache zerstört.

Hier wird man im geltenden Recht auch bei weitgehender Anerkennung der Einwirkungsmöglichkeit der obligatorischen Beziehungen auf die dingliche Rechtslage kaum zu einem andern Ergebnis gelangen können. Denn in einem derartigen Fall, in dem die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit des neuen Gläubigers auf die Sache viel stärker ist als die des Alteigentümers E, und in der das Publizitätsprinzip — anders als in den beiden ersten Beispielen — einer solchen Entscheidung ebenfalls nicht entgegensteht, können lediglich die obligatorischen Beziehungen des E zur Sache den Verlust seines mittelbaren Besitzes nicht mehr verhindern. Selbst durch einschränkende Auslegung des § 934 oder erhöhte Anforderungen an die Zerstörung des mittelbaren Besitzes wird man diese Folgerung nicht vermeiden können, wenn man nicht das Institut des

mittelbaren Besitzes lediglich als eine Rechtsfiktion ansehen will, das völlig untrennbar mit dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis verbunden ist, ohne jede Rücksicht auf die tatsächliche Lage.

Denn ohne daß sich an der äußerlich erkennbaren Lage etwas ändert, hätte der Besitzmittler V anstatt dem G auch dem L selbst das Eigentum an der Sache übertragen können gemäß § 933. Der mittelbare Besitz wäre aber dann hierdurch ebenfalls bestimmt zerstört worden, obwohl V entgegen seinen Verpflichtungen gehandelt hätte.

Gerade dieses Beispiel zeigt wieder deutlich, daß man das Bestehen des mittelbaren Besitzes nicht rein konstruktiv nach einer objektiven oder subjektiven „Theorie" entscheiden darf, sondern daß es sich dabei um eine Frage der lebendigen Verkehrsanschauung handelt, die nicht durch die Einpassung in den starren Rahmen einer Theorie ein für allemal gelöst werden kann, sondern nur unter Berücksichtigung aller Umstände und der besonderen Interessenlage der Beteiligten.

Da der gutgläubige G also in diesem Fall mittelbaren Besitz erworben hat, ist er auch nach § 934 Eigentümer der Sache geworden. — Im allgemeinen wird dieses Ergebnis aus den angeführten Gründen von uns nicht in dem Maße als unbillig empfunden werden, wie die am Anfang unserer Untersuchung angeführten Entscheidungen.

Ein besonders unerfreuliches Ergebnis bei einer Abwandlung dieses Falles wird allerdings im Schrifttum mehrfach angeführt.[100])

Ein Student leiht aus einer Leihbücherei ein Buch, das mit dem Eigentumszeichen dieser Bücherei versehen ist, verleiht es weiter an einen Dritten und übereignet es dann durch Abtretung des Herausgabeanspruches an einen Vierten.

Hätte in diesem Fall der Student das Buch direkt durch Besitzkonstitut übereignen wollen, so hätte der Erwerber erst durch die Übergabe Eigentümer werden können (§ 933). Da aber in § 933 noch bei Übergabe guter Glaube vorausgesetzt wird, hätte er hier kein Eigentum erworben, da er bei Erlangung des Buches die Stempel der Bücherei hätte entdecken müssen, die seinen guten Glauben zerstört hätten (§ 932).

Dieser Schutz des Alteigentümers wird aber durch eine Übereignung nach § 934 umgangen, da der Erwerber hier keine Kenntnis von den Eintragungen in dem Buch erlangen konnte. Weil aber in § 934 nur guter Glaube zur Zeit der Erlangung des mittelbaren Besitzes gefordert wird, und er, wie wir oben sahen, mittelbaren Besitz erlangt hat, ist er somit auch Eigentümer geworden.

Das ist allerdings ein unerfreuliches Ergebnis, das sich aber aus § 934 eindeutig ergibt. Auch eine Berufung auf den Grundgedanken des § 933 kann hier nicht weiterhelfen, da die Sache nicht mehr bei dem ist, dem sie der Eigentümer anvertraut hat. Diese entfernte Beziehung zur Sache erscheint eben im allgemeinen nicht mehr so schutzbedürftig und wird vom Gesetz nicht mehr gedeckt. Wollte man auch hier trotzdem eine andere Auslegung des § 934 vornehmen, so würde diese Vorschrift überhaupt jegliche Bedeutung verlieren,

---

[100]) Wellspacher S. 13; vgl. auch Planck § 934, 3; Müller, Arch ziv.Prax. 137/90.

ganz abgesehen davon, daß sich auch ein gangbarer Weg, wie wir ihn in den ersten Fällen gefunden haben, hier kaum bieten dürfte.

Denn das unbillige Ergebnis des Eigentumserwerbs entsteht hier — im Gegensatz zu den anderen Fällen — nicht dadurch, daß die tatsächliche Beziehung des Neuerwerbers zur Sache im Verhältnis zum Alteigentümer noch zu schwach ist und somit eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache überhaupt noch nicht besteht, sondern dadurch, daß praktisch der gute Glaube überhaupt erst zerstört werden kann, wenn der Erwerber den unmittelbaren Besitz erlangt. Denn erst dadurch wird er in die Lage versetzt, die Eigentumszeichen des bisherigen Eigentümers (Stempel usw.) festzustellen. Selbst wenn man also an den Erwerb des mittelbaren Besitzes noch so hohe Anforderungen stellen wollte, müßte wegen der Unterscheidung in unserem Gesetz doch immer noch ein gewisser Unterschied gegenüber dem unmittelbaren Besitz bestehen bleiben, und man könnte ihn nicht mit dem unmittelbaren Besitz identifizieren.

Bei der Lage des Falles wird aber der gute Glaube erst bei Erlangung des unmittelbaren Besitzes zerstört. Das Ergebnis ließe sich also nicht durch einschränkende Auslegung des § 934, sondern nur dadurch vermeiden, daß man die Bestimmung des § 934 völlig außer acht lassen und statt dessen stets unmittelbaren Besitz zum Gutglaubenserwerb verlangen wollte.

Aber eine derartige Entscheidung kann nach geltendem Recht nicht getroffen werden. Denn solange die Bestimmung des § 934 besteht, ist die Rechtsprechung auch an sie gebunden, und kann nicht den mittelbaren Besitz überhaupt als nicht ausreichend für einen Gutglaubenserwerb erklären. Auch im nationalsozialistischen Rechtsstaat gilt die Bindung des Richters an das Gesetz, und die Rechtsprechung kann sich nicht einfach über eine Bestimmung hinwegsetzen. Nur soweit eine Entscheidung durch Auslegung des Gesetzes gefällt werden muß, hat diese Auslegung nach dem gesunden Rechtsempfinden des Volkes zu erfolgen unter Anpassung an die Bedürfnisse und Anschauungen der Gegenwart, wie sie sich insbesondere seit dem Siege der nationalsozialistischen Weltanschauung durchgesetzt haben.[101]) Eine derartige positive Vorschrift des Gesetzes aber zu beseitigen, ist, selbst wenn sie sich als unbillig herausstellt, nicht Aufgabe der Rechtsprechung, sondern der Gesetzgebung.

[101]) Schmitt, C.: Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis, Nr. 4.

D. Ergebnis.

Wenn sich also in dem letzten Fall wirklich ein unbefriedigendes Ergebnis zeigt, so ist das zwar bei dieser besonderen Sachlage nicht zu vermeiden, aber praktisch dürften doch derartige Fälle eine seltene Ausnahme bilden. Die meisten unbilligen Ergebnisse (vgl. die aufgeführten Reichsgerichtsentscheidungen), die sich aus einer rein konstruktiven Auslegung des § 934, wie sie das Reichsgericht befolgt hat, ergeben, lassen sich auch im geltenden Recht vermeiden, wenn man das Gesetz sinngemäß auslegt, und es so anwendet, wie es eine lebensnahe und gesunde Rechtsauffassung erfordert.

Abgesehen von unserem Rechtsempfinden und der besseren Verwirklichung des Pflichtgedankens im geltenden Recht wird unsere Lösung aber auch dem Zweck des Gesetzes gerecht, wie er in § 933 zum Ausdruck gekommen ist: den Eigentümer vor dem Verlust seines Eigentums durch heimlichen Gutglaubenserwerb eines Dritten zu schützen.

Das Ergebnis hat ferner nicht nur den Fall des § 934 H. 2 in befriedigender Weise zur Lösung gebracht, ohne dabei dem Wort „Besitz" in § 934 H. 2 eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Einschränkung beizulegen, sondern darüber hinaus ebenfalls für den Fall des § 934 H. 1 die unerwünschten Ergebnisse vermieden.

Denn der Eigentumserwerb eines gutgläubigen Dritten ist in § 934 H. 2 nicht deshalb ausgeschlossen, weil hierzu der mittelbare Besitz nicht genügt. Daß dieser vielmehr zum Gutglaubenserwerb sehr wohl ausreichen kann, ist im Gesetz in § 934 H. 1 in nicht zu umgehender Weise deutlich zum Ausdruck gekommen. Vielmehr hat der Dritte in diesen Fällen deshalb kein Eigentum erworben, weil die Unveränderheit der tatsächlichen Besitzlage die noch bestehende Einwirkungsmöglichkeit des Alteigentümers auf die Sache und seine obligatorischen — hier dinglich verstärkten — Beziehungen zur Sache verhindern, daß der Neuerwerber das Minimum an tatsächlicher Gewalt erlangt, das der Gesetzgeber in dem Institut des mittelbaren Besitzes besonders schützt, und das allein erst einen Eigentumserwerb rechtfertigt.

Unsere Lösung hat also dem gesunden Gedanken des Gesetzgebers, wie er in § 933 zum Ausdruck gekommen ist, nämlich der Nichtbilligung eines heimlichen Gutglaubenserwerbs, soweit zur Durchführung verholfen, wie dies im geltenden Recht bei der Bestimmung des § 934 überhaupt möglich ist.

Denn der innere Zwiespalt, der zwischen § 933 und § 934 besteht, ist positiv durch das Gesetz sanktioniert und kann unmöglich ganz außer acht gelassen werden. Aber er kann doch wenigstens so weit eingeengt werden, daß praktisch die unbilligen Ergebnisse in den meisten Fällen vermieden werden. —

Wenn wir unter Berücksichtigung der leitenden Gesichtspunkte die gewonnenen Erkenntnisse noch einmal zusammenfassend betrachten, so ergibt sich in großen Zügen folgendes:

Im Gegensatz zum Prinzip genügt in § 934 schon die Übertragung des mittelbaren Besitzes zum Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten.

Diese Konsequenz des Gesetzes ist auch in den meisten Fällen gerechtfertigt, da diese tatsächliche Beziehung, welche durch die

Übertragung des mittelbaren Besitzes gewährleistet wird, im allgemeinen stärker ist, als die des nichtbesitzenden Eigentümers zur Sache.

Ganz anders ist aber die Sachlage, wenn sich der Eigentümer selbst im mittelbaren Besitz der Sache befand und daher nach wie vor noch eine gewisse Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache hatte. Dann erscheint ein Eigentumserwerb des Neuerwerbers auf diese „heimliche" Art völlig ungerechtfertigt und auch den Grundgedanken unseres Gesetzes widersprechend.

Für diesen besonderen Fall muß also die Spezialvorschrift des § 934 einengend ausgelegt werden.

Da aber nach dem Wortlaut des Gesetzes, wie sich aus § 934 H. 2 in Verb. mit H. 1 ergibt, die Erlangung mittelbaren Besitzes auf jeden Fall zum Eigentumserwerb ausreicht, muß für diese Auslegung beim Begriff des mittelbaren Besitzes selbst angesetzt werden.

Dieser muß dahingehend ausgelegt werden, daß ein Neuerwerber lediglich durch eine — auch betätigte — Willensänderung des Besitzmittlers und die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses der in § 868 aufgezählten Art keinen mittelbaren Besitz und somit kein Eigentum erwerben kann, solange der Besitzmittler für den Eigentümer zu besitzen verpflichtet ist.

Denn bei Bestehen einer solchen tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit des Eigentümers auf die Sache kommt eben der Neuerwerber durch die bloße Vereinbarung eines Besitzkonstituts noch nicht in eine derartige tatsächliche Beziehung zur Sache, die eines besonderen gesetzlichen Schutzes (durch das Institut des mittelbaren Besitzes) bedarf, und die somit ausreicht für einen Eigentumserwerb nach § 934.

Jedes andere Ergebnis beruht lediglich auf einer Überspannung des an sich schon unvolkstümlich abstrakten Rechtsinstituts und führt zu einer untragbaren Sanktion von Pflichtverletzungen durch unsere Rechtsordnung. Der mittelbare Besitz ist eben nicht unabhängig von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis, denn er ist lediglich der nach außen in Erscheinung tretende Ausdruck dieses Rechtsverhältnisses.

Irgendwelche Interessenabwägungen, die diesem Ergebnis entgegenstehen, sind nicht ersichtlich. Grundsätzlich und mit Recht wird ein gutgläubiger Eigentumserwerber-vom-Nichtberechtigten beim bloßen Erwerb des mittelbaren Besitzes überhaupt nicht geschützt. Wenn seine Interessen ausnahmsweise im Falle des § 934 besser gewahrt werden, so müssen sie doch dann wieder hinter denen des Eigentümers zurücktreten, wenn die Sache sich noch bei einem Besitzmittler befindet, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz verpflichtet ist.

Es fehlt auch bei dieser Sachlage an der sonst vom Gesetz geforderten objektiven Grundlage für das Vertrauen des Erwerbers völlig. Außerdem würde andernfalls der Eigentümer sein Eigentum verlieren, ohne daß er auch nur die Möglichkeit hätte, diese Verschiebung aus äußerlich wahrnehmbaren Tatsachen zu erkennen.[1])

Wenn fernerhin als tieferer Grund für den Rechtsnachteil, den der alte Eigentümer durch den Verlust seines Eigentums erdulden muß, die altdeutschen Rechtssätze angeführt werden: „Wo du deinen

[1]) Müller: Arch.ziv.Prax. 137/86.

Glauben gelassen hast, da sollst du ihn suchen" oder „Hand wahre Hand",[2]) und aus diesem Grund der Erwerber stärker geschützt zu werden verdient, so trifft diese Begründung für die vorliegenden Fälle des § 934 nicht zu. Denn da der Erwerber den unmittelbaren Besitzer im Besitz der Sache läßt, ohne selbst eine nennenswerte Einwirkungsmöglichkeit auf sie zu haben, schenkt er ihm dasselbe Vertrauen wie der Eigentümer, wenn nicht sogar ein höheres. Es besteht daher kein Grund, jenes Vertrauen mehr zu schützen als das des Eigentümers.[3])

Vielmehr trifft die Gefahr dieser Vertrauenserweisung des Erwerbers ohne Unbilligkeit den Vertrauenden.[4])

Es handelt sich hierbei weniger darum — wie Wellspacher meint[5]) —, inwieweit der Erwerber infolge der besonderen Umstände ausnahmsweise die „Gefahr" der Vindikation zu tragen hat, sondern es geht vielmehr darum, inwieweit man dem Alteigentümer den Rechtsnachteil zumuten soll, der in dem Rechtssatz „Hand wahre Hand" zusammengefaßt werden kann. Denn die Regelwidrigkeit liegt in dem Prinzip des Erwerbs vom Nichtberechtigten,[6]) und es ist daher jeweils zu prüfen, wieweit man diese Ausnahme über den besonders gearteten Fall der körperlichen Übergabe hinaus ausdehnen soll.

Eine Grenze hierfür ist in § 933 eindeutig gezogen, und wenn auch in scheinbarem oder wirklichem Widerspruch § 934 diese Grenze völlig außer acht läßt, so ist es die Aufgabe richtig verstandener Rechtsauslegung, diesen Widerspruch im Gesetz möglichst zu beseitigen und dem gesunden Grundgedanken und dem Zweck der Vorschrift des § 933 auch in den Fällen des § 934 zum Durchbruch zu verhelfen, soweit es diese Bestimmung irgendwie zuläßt, wenn es die Gleichheit der Interessenlage gebietet.

Denn die oben angestellten Erwägungen, die zu der Bestimmung des § 933 geführt haben, treffen gleichermaßen auch für die dieser Arbeit zugrundeliegenden besonders gearteten Fälle des § 934 zu, und soweit die Bestimmung des § 933 mit der Überlegung begründet wird, daß man im allgemeinen Veranlassung habe, dem constitutum possessorium mit Mißtrauen zu begegnen,[7]) trifft diese Begründung ebenfalls für den Fall des § 934 zu, wie es gerade diese Fälle beweisen.

Wir können also feststellen, daß die unbilligen Ergebnisse in den zu Anfang aufgeführten Fällen, wie sie nach Ansicht des Reichsgerichts und führender Lehr- und Erläuterungsbücher im geltenden Recht unvermeidbar sind, sehr wohl durch Lösungen ersetzt werden können, die außer mit der Wortfassung des Gesetzes vor allem

---

[2]) Sachsenspiegel II, 60 § 1.
[3]) Wolff § 69 II 2c. Ebenso schon RGZ 27/29 und die Praxis des Handelsrechts (vgl. die angezogenen Entscheidungen), die den Anlaß für die Bestimmung des § 933 gaben.
[4]) Motive III S. 345. Staudinger § 933 I.
[5]) Wellspacher S. 8.
[6]) Planck § 933 I.
[7]) Planck § 933 I; Wellspacher S. 8, 9.

auch mit dem Sinn und Zweck der in Frage kommenden Vorschriften in Einklang stehen, die ferner dem Pflichtgedanken im Sachenrecht — soweit es im geltenden Recht überhaupt möglich ist — zum Durchbruch verhelfen und die unserem gesunden Rechtsempfinden entsprechen.

Einen gangbaren Weg zur Erreichung dieses Ziels aufzuzeigen, war der Zweck der vorliegenden Arbeit.

SCHRIFTTUM.

Lehrbücher, Erörterungsbücher, Einzelschriften.

Aravantinus: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung nach bürgerlichem Recht. Jena 1904 und i/Jherings Jb. 48/101 ff.

Biermann: Sachenrecht. 3. Aufl. 1914.

Binder, J.: Die Rechtsstellung des Erben nach dem BGB. Leipzig 1901.

Binding, K.: Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer nach BGB §§ 932—935. Leipzig 1908.

Blatzheim: Kann derjenige, welcher nicht selbst Besitzer . . . ., Erlanger Diss. 1898.

Boehmer: Einführung in das bürgerliche Recht, Leipzig 1932.

Bruns, V.: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910.

Buhl: Das Recht der bürgerlichen Sachen nach dem BGB. 1901, Berlin.

Colberg: Beitrag zur Lehre vom Besitzbegriff nach dem BGB. Bonn 1908.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. 7. u. 8. Aufl., Jena 1924.

Denkschrift für den Entwurf eines BGB. 1895/96.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. 1905.

Draganesco, Gg.: Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter. Berlin 1916.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. u. 9. Aufl.

Fleck, E.: Der Bote, i/Arch.bürg.R. 15.

Gierke, O.: Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB für das Deutsche Reich. Jena 1897.

Goldschmidt, L.: Grundlagen der Besitzlehre. Berlin 1888.

Heck, Ph.: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

—: Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.

—: Interessenjurisprudenz, Gastvorlesung an der Universität Frankfurt/M. am 15.12.1933.

Hoos: Besitzerwerb und Besitzerhaltung durch Stellvertreter. Erlanger Diss. 1904.

Jacobi: Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht. Jena 1901.

Jhering: Über den Grund des Besitzschutzes. Jena 1869.

—: Der Besitzwille. Jena 1889.

Kniep: Der Besitz des BGB. Jena 1900.

Kreß, H.: Besitz und Recht. Nürnberg/Leipzig 1909.

Kretzschmar: Sachenrecht. Leipzig 1906.

Leonhard, Frz.: Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899.

Maenner, K.: Das Sachenrecht nach dem BGB. 2. Aufl. München 1906.

Motive zum Entwurf eines BGB. 1888.

Müller Wulff: Heimlicher Gutglaubenserwerb, i/Arch.ziv.Prax. 137/86ff.

Planck-Brodmann: Kommentar zum BGB. 4. Aufl. 1927.

Protokolle der zweiten Kommission. 1897/1899.

Przibilla: Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes unter Ausschluß des Erwerbs durch Stellvertreter. Freiburger Diss. Bonn 1905.

Regelsberger: Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten. Jherings Jb. 47. S. 339 ff.

Reichel, H.: Gutgläubigkeit beim Fahrniserwerb. Wien 1915.

Kommentar der Reichsgerichtsräte. 7. Aufl. 1929.
Rhode: Studien im Besitzrecht. Düsseldorf 1909.
Rosenberg: Kommentar zum BGB. Sachenrecht. München 1919.
Sachsenspiegel.
Savigny: Das Recht des Besitzes. Wien 1865.
Siber: Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio. Leipzig 1907.
Sokolowski: Der Besitz im klassischen und deutschen bürgerlichen Recht. Halle 1907.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 9. u. 10. Aufl. 1934.
Strohal, E: Der Sachbesitz nach BGB. Jena 1897.
Wellspacher, M.: Das Vertrauen in die äußeren Tatbestände im bürgerlichen Recht. Wien 1916.
Wendt, O.: Besitz und Besitzwille. i/Festschrift für die Juristische Fakultät der Universität Gießen zum Universitäts-Jubi-läum 1907.
Wieacker: Wandlungen der Eigentumsverfassung. Hamburg 1935.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900.
Wolff, M.: Lehrbuch des Sachenrechts. 1932.
—: Das Recht zum Besitz, i/Festgabe für R. Koch, 1903, Berlin.
Zurhellen: Kann derjenige, welcher nicht selbst Besitzer . . . . Erlanger Diss. 1898.

Zeitschriften, Gerichtsentscheidungen, Sammlungen von Aufsätzen.

Archiv für die zivilistische Praxis (Arch.ziv.Prax.).
Deutsches Recht, Zentralorgan des NSDJB.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, (RGZ).
Grünhut, Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruch.).
Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitung (Hans.RZ.).
Juristische Wochenschrift (JW).
Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (OLG).
Sammlungen der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs München.
Zentralblatt für Handelsrecht (ZBH).

LEBENSLAUF.

Ich, Heinz-Dietrich Tettenborn, wurde am 20. April 1911 zu Neuwarp in Pommern als Sohn des Chemikers Dr. phil. Paul Tettenborn und seiner Ehefrau Else, geb. Partisch, geboren. Im Jahre 1914 siedelten meine Eltern nach Frankfurt a. M. über, wo ich von 1920 an das städtische Wöhler-Realgymnasium besuchte und dort Ostern 1929 die Reifeprüfung bestand.

In den Jahren 1930 bis 1933 studierte ich an den Universitäten Frankfurt a. M. und Berlin Rechtswissenschaft und bestand am 13. Juli 1934 am Oberlandesgericht Frankfurt a. M. das erste juristische Staatsexamen.